# Lehrbuch

der

# Pandekten

von

**L. Arndts R. v. Arnesberg.**

---

Vierzehnte, unveränderte Auflage.

Nach des Verfassers Tode besorgt von

**Dr. L. Pfaff und Dr. F. Hofmann,**
Professoren der Rechte in Wien.

MDCXL

Stuttgart 1889.
Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung
Nachfolger.

Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

Dem großen Rechtslehrer

# Friedrich Carl von Savigny

zum Andenken an dessen Jubeltag

den 31. October 1850

ehrfurchtsvoll und dankbar

gewidmet.

# Vorwort zur ersten Auflage.

Die erste Abtheilung dieses Lehrbuchs erschien zu der Zeit, als die deutsche Rechtswissenschaft ihren schönsten Ehrentag feierte, Savigny's fünfzigjähriges Jubelfest. Nichts natürlicher als der Wunsch, dem Andenken dieses Tags das Buch zu widmen. Aber ein Bruchstück war dazu nicht geeignet. Daher habe ich vorerst nur bei Ueberreichung der ersten Abtheilung den verehrten Jubelgreis gebeten, das vollendete Werk demnächst ihm widmen zu dürfen. Diese Bitte wurde in freundlichster Weise gewährt, und so bin ich denn berechtigt, jetzt noch, fast zwei Jahre nach dem Feste, dieses Buch mit vorstehendem Blatte der Erinnerung zu zieren. Möchte es dieser Zierde würdig befunden werden! Möchte, wie jenes Blatt ausspricht, daß ich ein dankbarer, so das Buch selbst beweisen, daß ich kein unwürdiger Schüler des großen Lehrers bin!

Was die Entstehung des Buches betrifft, so wiederhole ich aus dem Vorworte, welches die erste Abtheilung begleitete: „Bei dem Reichthum unserer Literatur an Büchern dieser Art weiß ich zu meiner Rechtfertigung oder, wenn man will, Entschuldigung nichts anderes anzuführen, als daß ich schon lange den Wunsch hegte und das Bedürfniß fühlte, meinen Zuhörern ein von mir selbst entworfenes Lehrbuch als Leitfaden bei meinen Vorlesungen in die Hand zu geben. Ich hatte daher schon vor dem Jahre 1844 den Anfang zu dessen Ausarbeitung gemacht, die aber zuerst wegen meiner Berufung zur Gesetzcommission (1844 .. 1847), sodann in Folge der politischen Bewegungen (1848, 1849) liegen blieb, bis mich die Rückkehr zu friedlicher akademischer Thätigkeit dieselbe wieder aufzunehmen veranlaßte."

Man kann die Vortrefflichkeit z. B. der Pandekten von G. F. Puchta vollkommen anerkennen, wie ich gern bekenne, daß vorzüglich ihnen dieses Buch, wenn etwas Gutes an ihm ist, viel zu danken hat, und der Kundige wird es doch leicht erklärlich finden, wie sich ein Lehrer des Pandektenrechts, trotz wohlbegründeter Besorgniß, einen solchen Vorgänger nicht erreichen zu können, dennoch versucht finden kann, mit einem Buche gleicher Art hervorzutreten, und wäre es auch zumeist deshalb, weil ihm einzelne Eigenthümlichkeiten des Systems unbequem sind. Ich bin indessen während der in einzelnen Abtheilungen fortschreitenden Ausarbeitung so glücklich gewesen, mehrfach durch freundliches Urtheil bewährter Männer ermuntert zu werden. — — —

Die Vollendung des Buches hat wider mein Erwarten einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren in Anspruch genommen, und die ganze dritte Abtheilung nebst einem Theil der zweiten habe ich, um nicht die der Verlagshandlung gegebene Zusage zu arg zu verletzen, unter schwerer häuslicher Sorge und Bedrängniß, zugleich von anderweitiger Berufsthätigkeit in Anspruch genommen, ausarbeiten müssen. Begreiflich hat dies manche Mängel, die sonst vielleicht vermieden wären, insbesondere wohl einige Ungleichmäßigkeit in der Behandlung der einzelnen Lehren zur Folge gehabt, um so mehr, als, nach einigem Stillstand in der Zeit der politischen Aufregung, seit 1850 wieder die civilistische Literatur sehr ergiebige Bereicherung erhalten hat. So erschienen erst seitdem der erste Band von Savigny's Obligationenrecht, der erste Band der vermehrten sechsten Auflage von Vangerow's Leitfaden, die sorgfältig revidirte und vermehrte dritte Ausgabe von Seuffert's Pandektenrecht, Windscheid's Lehre von der Voraussetzung, Buchka's L. v. d. Stellvertretung, Girtanner's Bürgschaft u. a. Werke, deren Bekanntschaft früher gemacht zu haben für mein Buch zuträglich gewesen wäre. Möge mir später Gelegenheit werden, auf Beseitigung jener Mängel bedacht zu sein!

Ich schreibe dieses in ländlicher Stille am Jahrestag des wilden Tobens einer politisch fanatisirten Menge, das, auch mich auf der Rednerbühne der Paulskirche mit Gefahr bedrohend, einem blinden Wahne grausame Opfer brachte. Möge Weisheit und Kraft der Regierungen das Vaterland vor der Wiederkehr solcher Verwirrung und Barbarei bewahren und die Entwickelung seiner Zustände in der friedlichen Bahn des Rechts

gedeihlich fortschreiten! Dann wird auch die Wissenschaft des Rechts ferner ihr Gedeihen finden, und darf ich hoffen, daß auch mir an deren Pflege einigen Antheil zu nehmen ferner vergönnt sein werde.

Mühlfeld am Ammersee, den 18. Sept. 1852.

---

# Vorwort zur fünften Auflage.

Während die vierte Auflage nur ein Abdruck der dritten war, ist diese fünfte wiederum im Einzelnen vielfach abgeändert und im Ganzen nicht unerheblich vermehrt worden. Die Seitenzahl derselben ist zwar sogar etwas geringer, als die der vierten, aber dies ist nur durch größeres Format erzielt worden; nach dem der vierten bemessen, hat sie in der That einen Zuwachs von beiläufig zehn Bogen erhalten. Ein Gefühl von Befriedigung freilich gewährt sie mir darum nicht. Fast zwei Jahre waren mir durch schwere Krankheiten und deren Folgen für anstrengende Arbeit verloren gegangen, als das Verlangen beschleunigter Veranstaltung einer neuen Auflage an mich erging, für welche nunmehr erst was die Literatur inzwischen Neues gebracht hatte, und das war nicht unbedeutend, durchgearbeitet werden mußte; und begreiflicherweise ist so im Drange der Arbeit die Berücksichtigung der neueren Literatur weniger umsichtig und ausgiebig ausgefallen, als es hätte der Fall sein können, wenn ich deren Ergebnisse schon vorher zu den betreffenden §§. des Lehrbuchs angemerkt hätte. Gleichwohl wird, so denke ich, kein Sachkundiger verkennen, daß ich ernstlich bestrebt war, das Buch der günstigen Aufnahme, welche es sowohl bei gelehrten Fachgenossen und erfahrenen Praktikern als bei der studirenden Jugend gefunden hat, durch Besserung und Bereicherung seines Inhalts ferner würdig zu erhalten, wie denn diesem Bestreben auch schon in einer Anzeige der ersten Abtheilung dieser Auflage — der einzigen öffentlichen Beurtheilung dieses Lehrbuchs, die mir bekannt geworden ist, und zwar in einer polnischen Zeitschrift —

sehr freundliche Anerkennung zu Theil geworden ist. Zu größerer Bequemlichkeit des Gebrauches, besonders bei Vorlesungen, sind diesmal drei Abtheilungen mit besonderen Titeln gemacht worden, die jedoch zusammen, wie bisher, nur einen Band mit fortlaufender Seitenzahl bilden. Leider ist demselben auch diesmal wieder ein nicht unbeträchtliches Verzeichniß von Berichtigungen anzuhängen nothwendig, wozu mir das sorgfältige Studium eines fleißigen Schülers, der eben in diesen Tagen sich der strengen Prüfung aus dem römischen Rechte unterziehen will, einen namhaften Beitrag ergeben hat.*)

So möge denn das Buch in der erneuten Gestalt einer gleich nachsichtigen Aufnahme wie bisher empfohlen sein! Leicht mag diese in bedeutend größerer Anzahl von Exemplaren abgedruckte Auflage die letzte sein, die ich erlebe; denn schon neigt sich das vierte Jahrzehnt, seitdem ich, beinahe genau bis auf den Tag ein Vierteljahrhundert später als Savigny, und zwar durch Verleihung der Berliner Juristenfakultät, die juristische Doctorwürde erlangt habe, seinem Ende zu, und nicht Vielen ist es vergönnt, auch das fünfte Jahrzehnt derselben in geistiger Frische zu vollenden oder gar das Jubeljahr noch, wie Savigny, weit zu überschreiten. War ich berechtigt, die erste Auflage dieses Lehrbuchs der Erinnerung an das fünfzigjährige Jubelfest dieses Meisters der Rechtswissenschaft in unserm Jahrhundert zu widmen, so liegt mir heute der Anlaß nahe, einer andern und zwar fünfhundertjährigen Jubelfeier zu gedenken. Der 12. März 1365 ist das Datum der Stiftungsurkunde, durch welche von Herzog Rudolph IV. die Universität, der ich seit zehn Jahren angehöre, begründet und in Folge dessen dann im Laufe desselben Jahres eröffnet worden ist. Der Gedanke aber an diese Jubelfeier der zweitältesten Universität im deutschen Reiche verwebt sich mir unwillkürlich mit der Erinnerung an das vorerwähnte Jubelfest; denn daß ich jene als Mitglied und derzeitiger Würdenträger der Universität Wien mitfeiern werde, das ist nicht ohne Savigny's Einfluß herbeigeführt worden. Möge die Erwartung, die er dabei hegte, nicht ganz unerfüllt geblieben sein! Möge die Anstalt, der ich in der Neige meines Lebens nach Kräften und in Treuen gedient habe, in gesteigerter Blüthe gedeihlicher Wirksam-

---

*) [Gemeint war Herr Dr. R. Kubasek, gegenw. Regierungsrath im k. k. Oberſthofmarschallamte.]

keit noch lange fortbestehen, wenn das Andenken eines bescheidenen Kärrners, der zu thun fand wo „die Könige bau'n", längst in Vergessenheit begraben liegt!

Wien, den 12. März 1865.

**Ludwig Arndts.**

# Vorwort zur zehnten Auflage.

Im Januar 1878 richtete der Verfasser dieses Werkes an uns das ehrende Ersuchen, die Herausgabe der zehnten Auflage zu besorgen. Es sollte dies, so hofften wir mit ihm, unter seinen Augen, unter seiner Leitung geschehen. Allein so gut sollte es uns nicht werden. Nur einige Besprechungen mit dem schon geraume Zeit Leidenden konnten stattfinden, da uns der Tod wenige Wochen nachher den unvergeßlichen Lehrer für immer entriß. Schweren Herzens gingen wir an die nun so viel schwieriger gewordene Aufgabe. Es galt vor Allem, die richtige Mitte zu suchen zwischen dem zu Viel und zu Wenig, zwischen pietätloser Aenderung und bloßer Correcturarbeit. Von vornherein stand uns fest, daß das Buch die Ansichten von Arndts, nicht die unsrigen mittheilen solle; wir enthielten uns daher jeder Polemik gegen den Autor, obgleich es sich von selbst versteht, daß wir nicht in Allem und Jedem seiner Ansicht sind. Insbesondere der Text des Buches ist, von einigen stylistischen Aenderungen abgesehen, fast ganz unverändert geblieben. In den Anmerkungen haben wir hie und da einen Satz gestrichen, die neueste Literatur überall nachgetragen und kleine Ergänzungen, die uns wünschenswerth erschienen, hinzugefügt. Die meiste Sorgfalt aber wendeten wir an die dem Verf. durch sein Alter und ein langdauerndes Augenleiden unmöglich gewordene Richtigstellung der Quellen- und Literaturcitate, da wir gerade in der Erzielung der von ihm stets gewünschten größtmöglichen Correctheit unsere Pietät für den Verstorbenen bethätigen zu sollen glaubten, und uns bald überzeugten,

daß die Zahl der verdruckten oder sonst irrigen Citate in diesem, wie in den meisten so zifferreichen Werken eine sehr große sei. So haben wir denn die Quellen-Citate (sowohl die in den Anmerkungen als jene in den unter dem Text fortlaufenden Noten) ohne Ausnahme, die Literaturcitate fast sämmtlich (ein paar Dutzend Bücher und Dissertationen standen uns eben nicht zu Gebote) geprüft, und dieselben, soweit wir sie unrichtig fanden, richtig gestellt. Die dem corp. iur. civ. angehörigen Stellen sind, wie das schon Arndts (vgl. §. 2. A. 6.) rücksichtlich der Pandektencitate, wenn auch nur zum Theil, durchzuführen begonnen hatte, nunmehr durchaus nach den zwei letzten Ausgaben citirt; wo diese von einander abweichen, finden sich neben den an der Spitze stehenden Ziffern der Mommsen-Krüger'schen Ausgabe in runden Klammern die Ziffern der Kriegel-Herrmann'schen Edition. Ebenso haben wir es mit den Quellentexten gehalten, soweit sie in den Anmerkungen abgedruckt sind. Auch die nicht dem corp. iur. civ. entnommenen Quellencitate sind nach den besten Ausgaben berichtigt. Endlich haben wir auch das Register bedeutend erweitert, und ist durch all' dies das Buch um nahezu zwei Bogen stärker geworden.

Alle Aenderungen und Zusätze im Texte, wie in den Anmerkungen, für welche wir die Verantwortung zu tragen haben, sind durch eckige Klammern ersichtlich gemacht; dagegen nicht auch die Erweiterungen des Registers und bloße Berichtigungen der Quellen- und Literatur-Citate.

Möge unsere Geduld erheischende Arbeit — sie erforderte, wenn anders sie ihr Ziel nicht verfehlen sollte, auch ungewöhnlich sorgsame Correctur — dazu beitragen, daß dem Werke auch fernerhin, wie bisher, zur Ehre des Verfassers und zum Nutzen der Rechtslehre, eine weite Verbreitung zu Theil werde!

Wien im Juli 1879.

**Die Herausgeber.**

# Vorwort zur eilften [bis dreizehnten] Auflage.

Das Buch erscheint dieses Mal um fünf [jetzt zwei] Bogen vermehrt. Daß es „die Ansichten von Arndts, nicht die unsrigen mittheilen solle", haben wir auch jetzt als Regel festgehalten; doch die Zwischenzeit von drei [bez. sieben] Jahren hat es uns geboten und ermöglicht, manches zu berücksichtigen, was bei der zehnten Auflage im Drange der Arbeit unbeachtet bleiben mußte, manches zu ändern, wozu wir uns unmittelbar nach des Verf. Tode zu entschließen nicht vermochten.

Die Literatur der letzten Jahre ist nun nicht mehr blos angeführt, sondern auch nach Thunlichkeit verwerthet, wodurch kleine Aenderungen (ganz ausnahmsweise selbst berichtigende Bemerkungen) unvermeidlich wurden. [Vgl. übrigens die einleitenden Worte zu den Nachträgen der 13. Aufl.]

Die civilrechtlichen Gesetze des deutschen Reiches sind in dieser Auflage zum ersten Male berücksichtigt. Zwar mußten wir uns auf eine knappe Angabe ihres Inhaltes, zuweilen auf ihre bloße Allegirung beschränken; aber ein Mehreres liegt doch wohl außerhalb der Aufgabe eines Pandekten-Lehrbuchs, und findet sich ohnehin schon übersichtlich dargestellt in dem verdienstlichen, von uns oft citirten Werke Mandry's (von welchem beide Auflagen von uns benutzt sind); einen Ueberblick bietet auch desselben Verf.'s Skizze in der 4. Aufl. von Holtzendorff's Encyklopädie.

Eine Ergänzung ganz anderer Art, nämlich in der Richtung der romanischen Literatur, Gesetzgebung und Spruchpraxis, bietet Serafini's italienische Bearbeitung des vorliegenden Lehrbuches [welche zu einem Werke von drei starken Bänden angewachsen ist]; daß wir nichts aus ihr entlehnten, hat seinen Grund in der selbständigen Bedeutung, welche wir neben dem Originale [diesem Werke auch für den deutschen Leserkreis] beilegen. [Es ist erfreulich, daß von demselben schon die vierte Auflage erscheinen konnte; denn es spricht nicht nur für den Werth des

Originals und der Bearbeitung, sondern zeigt auch, welchen Einfluß in Italien die deutsche Wissenschaft übt; und sie kann sich keinen tüchtigeren und eifrigeren Vermittler wünschen, als eben Serafini ist.]

Ganz neu ist in der 11. Aufl. der §. 228a in der Lehre von der Collision der Ausübung mehrerer Forderungen, die durch die Reichsgesetzgebung so tiefgreifende Aenderungen erfahren hat; dann der §. 393 als Einleitung zum Familienrechte, der uns durch die Analogie der §§. 463, 126, 278 u. a. gerechtfertigt scheint. [In der 13. Aufl. ist hinzugekommen eine Umarbeitung des §. 74., dessen Ueberschrift entsprechend geändert wurde.] Daß wir uns des gesperrten Druckes oft bedient und lange Texte in Absätze getheilt haben, hat sehr wenig Raum in Anspruch genommen, und wird dem Verständnisse und dem Gedächtnisse des Studirenden sehr zu Hülfe kommen.

Im Uebrigen waren wir bestrebt, die früher mit so viel Mühe hergestellte Correctheit aufrecht zu erhalten, und hie und da noch zu erhöhen [wobei uns Mittheilungen des Herrn Collegen Lotmar von großem Werthe waren]; namentlich wurde die Mehrzahl der wenigen uns früher unzugänglichen Bücher verglichen. Das Register erhielt wiederholt eine beträchtliche Vervollständigung.

Wohl wäre gegenüber allen jenen Erweiterungen eine Raumersparung durch Streichung von größeren Textabdrücken, veralteten Streitfragen [breiten polemischen Ausführungen, z. B. in der L. v. d. Bürgschaft], Citaten aus überholten Büchern wünschenswerth gewesen, aber wir konnten uns [mit einer einzigen Ausnahme in §. 477.] zu einer so eingreifenden Aenderung der Arbeit unseres unvergeßlichen Lehrers nicht entschließen. Mögen spätere Herausgeber, welche diesem Buche mehr objectiv gegenüberstehen, eine solche amputatio (im antiken Sinne des Wortes) mit fester aber auch vorsichtiger Hand vornehmen!

Wien im November 1882 und im Mai 1886.

**Die Herausgeber.**

# Inhalt.

## Zweites Buch.

### Von den Rechten an Sachen.

## Drittes Buch.

### Von den Obligationen.

## Viertes Buch.

### Von den Familienverhältnissen.

# Fünftes Buch.

## Von der Erbschaft.

Arndts'

# Lehrbuch der Pandekten.

---

Erste Abtheilung.

## Allgemeine Lehren und Sachenrecht.

# Einleitung.

## §. 1.

## I. Begriff des Pandektenrechts.

Unter Pandektenrecht verstehen wir das römische Privatrecht, insofern dasselbe als gemeines Recht in Deutschland Aufnahme gefunden hat.

Anm. [1] Ueber die Entstehung dieses heutigen Begriffs von Pandektenrecht vgl. Arndts jur. Encyklopädie (7. Aufl.) §. 135 fg. §. 154 fg. Andere Benennungen: „heutiges römisches Recht" (vgl. Savigny System des heutigen römischen Rechts I. §. 1. 2. Bruns das heutige römische Privatrecht, in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1. Nr. III. 1.), „gemeines Civilrecht" (vgl. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht I. §. 1. Anm. 11). Ueber den Unterschied des Pandektenrechts und des sog. deutschen Privatrechts im engern Sinn vgl. Beseler System des gemeinen deutschen Privatrechts I. §. 8 .. 10. Stobbe deutsches Privatrecht I. §. 11. [Roth im civ. Arch. LXII. 10. S. 365 fg. = Syst. d. deutschen Priv. R. I. S. 1 .. 9. Wächter Pand. I. Vorwort und §. 7.]

[2] Das Pandektenrecht war früher wirklich gemeines subsidiäres Recht im ganzen Deutschland, und hat diese Bedeutung noch jetzt in einem großen Theile desselben. [Vgl. Sohm Instit. 1884. S. 3.] Aber in einem beträchtlicheren Theile von Deutschland ist dies geändert worden durch Einführung neuer Gesetzbücher: des allg. Landrechts für die preußischen Staaten von 1794 (noch geltend in dem größeren Theil von Preußen und einem Theil von Bayern), des französischen Civilgesetzbuchs von 1803. 1804. (Code Napoléon, noch geltend in den deutschen Landen linker Rheinseite, in einem Theil von Preußen rechter Rheinseite, und als badisches Landrecht bearbeitet in Baden), des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für die deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811 (außer Oesterreich noch geltend in dem bayerischen Amte Redwitz), des bürgerl. Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863. [Genauere Daten bei Roth Syst. I. S. 1. 2 und not. 1.] Im Werke ist jetzt die Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das heutige deutsche Reich. [Ueber den Verlauf dieser Arbeiten vgl. die Berichte von Rassow in den Beitr. zur Erläuterung d. deutschen Rechts

XXI. S. 167 fg. XXII. S. 83 fg. XXIII. S. 429 fg. Stobbe Hdb. d. deutschen Priv. R. 2. Aufl. 1882. I. S. 77 fg.] Indessen wird durch solche Gesetzbücher die Wichtigkeit des Pandektenrechts wenig verringert. Puchta Pand. §. 8. Windscheid Pand. §. 6. Stobbe a. a. O. §. 2..4. [Sohm in d. Wiener Zeitschr. I. S. 268 bis 273.]

# II. Quellen des Pandektenrechts.

## A. Verschiedene Klassen derselben.

### §. 2.

### 1) Römisches Recht.

Das römische Recht ist in der Gestalt, in welcher es durch die gesetzgeberische Thätigkeit des Kaisers Justinian I., in den Jahren 527 bis 565 nach Chr., abgeschlossen und so auch in dem mit dem oströmischen Reiche wiedervereinigten Italien eingeführt worden ist, später auch in Deutschland, wie in andern Ländern Europa's, als gemeines Recht recipirt worden, so weit es von den Lehrern der Rechtsschule zu Bologna im 12. und 13. Jahrhundert (den Glossatoren) als geltendes Recht gelehrt worden ist.

Anm. [1] Die Bestandtheile der Justinianischen Rechtsquellen (corpus juris civilis) sind 1) die Institutionen, in vier Büchern, publicirt den 21. Nov. 533, mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 533. 2) die Pandekten (Pandectae oder Digesta), in fünfzig Büchern, publ. den 16. Dec. 533, ebenfalls mit Gesetzeskraft vom 30. Dec. 3) der codex constitutionum Justinianeus (codex repetitae praelectionis, im Gegensatz gegen den ältern Codex vom Jahr 529), in 12 Büchern, publ. den 16. Nov. 534, mit Gesetzeskraft vom 29. Dec. 534. 4) die Novellen (novellae constitutiones), einzeln erlassen von 533..565. Die reichhaltigste (nicht officielle, den Glossatoren noch unbekannte) Sammlung besteht aus 168 Nummern, enthält jedoch in der That nur 153 verschiedene Novellen Justinian's, indem die Novellen 140. 144. 148. 149. 161. 163. 164. von Justinian's Nachfolgern, Justinus II. und Tiberius II., herrühren, Nov. 165 bis 168 nur formae praefectorum, und Nov. 32. und 34., 41. und 50., 75. und 104., 143. und 150. nicht verschiedene Constitutionen sind. Außerdem sind uns noch 13 Edikte von Justinian in einer Sammlung und einige andere einzelne Constitutionen erhalten.

[2] Ueber die Schicksale der Justinianischen Rechtsquellen im Mittelalter und insbesondere den Einfluß der Glossatoren auf dieselben vergl. vorzüglich F. K. v. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter. 6 Bde. Heidelb. 1815..1831, 2. Ausg. Bd. 1..3. 1834, Bd. 4..6. 1850, Bd. 7. (Zusätze und Register) 1851; über die Novellen insbesondere F. A. Biener Gesch. der Novellen Justinian's. Berlin 1824. Eine Uebersicht der Novellen nach ihrer Ordnung in den verschiedenen Sammlungen gibt Böcking im Anh. IV. zu seinen Institutionen Bd. 1. (zweiter Ausgabe. 1853). Ein dreifaches Verzeichniß der Novellen: 1) nach dem Authenticum, d. i. der den Glossatoren allein bekannten (im Gegensatz zu Juliani epitome novellarum Justiniani

so genannten) lateinischen Sammlung von 134 Novellen, 2) nach Collationen, d. i. der von den Glossatoren beliebten Ordnung von 97 Novellen in 9 Collationen und 98 Titeln (nov. 8. in 2 Titeln), 3) nach der in Anm. 1 erwähnten Sammlung, findet sich in Heimbach's Ausgabe des Authenticum (Leipzig 1846, vollendet 1851), prolegom. p. DCCIV—DCCXXVIII. Juliani epitome ist neu herausg. von Heimbach, Leipzig 1873.

[3] Ueber die Reception des römischen Rechts und dessen heutige Geltung vergl. vorzüglich Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen, I. S. 609 .. 655. II. S. 9 .. 142., dazu Franklin Beitr. z. Geschichte der Reception des R. R. in Deutschland. Hannover 1863. R. A. Schmidt die Reception des R. R. in Deutschland. Rostock 1868 (darüber Stobbe in d. Münchener Vierteljahrschr. XI. 1); sodann Stintzing: Ulrich Zasius, ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformation, Basel 1857, und dazu Bluntschli „zur Geschichte der Reception des R. R. in Deutschland" in d. krit. Ueberschau VI. S. 50 fg. Stintzing Geschichte der populären Literatur des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des fünfzehnten und im Anfang des sechszehnten Jahrh. 1867. Stölzel die Entw. des gelehrten Richterthums in d. deutschen Territorien. 1872 (darüber Franklin in der Wiener Ztschr. I. S. 236 fg.); Modderman die Recept. d. R. R., deutsch von C. Schulz. 1875 (darüber Fitting in d. Wiener Ztschr. II. S. 768 fg.); Muther z. Gesch. der Rechtswissenschaft und d. Univ. in Deutschland. 1876. [Duhn deutschrechtl. Arbeiten. 1877. S. 55 .. 89 (drbr. Gierke Jen. Lit. Ztg. 1877. Nr. 47.). Ott Beitr. z. Rec. Gesch. des röm.-canon. Proc. in den böhm. Ländern. 1879. Sohm fränkisches Recht und Röm. R. in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIV. Germanist. Abth. S. 1 .. 84. Stintzing Gesch. d. deutschen Rechtswissensch. I. 1880. (Drbr. Böhlau in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 525 fg. XXVI. S. 1 fg. Gierke in d. Wiener Ztschr. IX. S. 179 fg.) Karsten die Lehre v. Vertrage bei den ital. Juristen des Mittelalters. 1882. bes. S. 120 fg. Vgl. auch Franken Romanisten und Germanisten. 1882., und Brockhaus der Einfluß fremder Rechte auf die Entwickelung d. deutschen Rechts. (Rectoratsrede) 1883. Schultze Privatrecht und Proceß in ihrer Wechselbeziehung. 1883. I. S. 213 fg. — Ueber „Form, Geist und Theorie der Leistungen der Glossatoren, bes. der glossa ordinaria" Landsberg d. Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. 1883.] Insbesondere über die Regel: „quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia" Savigny System des R. R. Bd. I. S. 66 .. 76. Osenbrüggen in Linde's Zeitschr. für Civilrt. und Proc. XV. 9. [und jetzt vorzüglich Landsberg Ueber die Entstehung der Regel quicquid n. a. gl., n. a. c. 1880. (drbr. Brinz krit. Vjschr. XXII. S. 565 fg.; vgl. auch Zeitschr. f. Rechtsgesch. XV. Germ. Abth. S. 228 fg.)] — Nicht glossirt sind [über die Art, die Stellen zu allegiren, vgl. A. 6]:

a) in den Pandekten L. 7. §. 5. L. 8 .. 11. D. de bon. damn. 48. 20. L. 10 .. 19. D. de interd. et releg. 48. 22.

b) im Codex: I. 1. c. 3. 5. 6. 7., I. 2. c. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26., I. 3. c. 29. 30. 35. (36). 38. (39). 39. (40). 41 .. 47. (42 .. 48). 52. (53). (55). [fehlt in der Ausgabe von Krüger]. 55. (57)., I. 4. c. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34., I. 5. c. 9. 11 .. 18. 20., I. 9. c. 2. 18., I. 10. c. 2., I. 11. c. 9. 10., I. 12. c. 3. 7. 8., I. 14. c. 10., I. 15. c. 2., I. 17. c. 3. (Const.: Dedit nobis), I. 26. c. 6., I. 27. c. 1. §. 8. c. 2. §. 19 .. 23., I. 32. c. 2 [fehlt bei Gothofr., wie bei Krüger], I. 33. c. 5. (2)., I. 51. c. 13.; II. 2. c. 4., II. 7. c. 18. 19., II. 12. (13. de procur.) c. 27. 28., II. 58. (59. de iurei. pr. cal.) c. (3) [bei Krüger in

der Note]; III. 1. c. 11. 12., III. 2. c. 2. 4. 5., III. 10. c. 1. 2., III. 12. c. 9. [ältere Editoren markiren unter dieser Ziffer eine graeca const., die Kriegel'sche Ausgabe sagt, man vermisse sie mit Unrecht, die Krüger'sche, in welcher sie zwischen c. 7. und 8. stehen würde, schweigt von ihr], III. 43. c. 1. 2., III. 44. c. 15.; IV. 20. c. 1. 13. 15. 16., IV. 21. c. 16. 22., IV. 24. c. 1., IV. 32. c. 29. 30., IV. 35. c. 24., IV. 59. c. 1. [1]., IV. 62. c. 5., IV. 65. c. 33.; V. 1. c. 6., V. 4. c. 8 b. (l. manifestum zwischen c. 8. u. 9.) und c. 29., V. 9. c. 11 et sqq., V. 17. c. 12.; VI. 4. c. 4., VI. 34. c. 4., VI. 48. c. un.; VII. 45. c. 15., VII. 51. c. 5., VII. 62. c. 35. 36.; VIII. 10. c. 12.; VIII. 11. (12. de op. publ.) c. 3., VIII. 39. (40. de duobus reis). c. (1). [bei Krüger in der Note], VIII. 40. (41. de fidej.) c. 29., VIII. 51. (52. de infant. expos.) c. 4. [so Gothofr.; in der Kriegel'schen Ausgabe not. d.; bei Krüger nicht aufgenommen]; IX. 4. c. 6., IX. 5. c. 2., IX. 6. c. 1., IX. 8. c. 6. [Gothofr. c. 6 .. 8], IX. 9. c. 37., IX. 16. c. 4 b. [so Gothofr.; Kriegel: Note d; Krüger: vacat]. (l. liceat?), IX. 29. c. (2). [Krüger: vacat]., IX. 47. c. 26., IX. 49. c. 11.; X. 1. c. 11., X. 3. c. 7., X. 11. c. 7. 8., X. 16. c. 1. 13., X. 19. c. 9., X. 27. ut nemini lic. (28. de mun. siton.) c. 2. 3. [Gothofred; Krüger: c. 2. 3. 4.; Kriegel: 2. 3. 5. (1. 2. 4.).], X. 30. c. 4., X. 56. (55. quib. mun. excus.) c. 1.; XI. 1. c. 1. 2., XI. 8. (7. de murileg.) c. 16., XI. 41. (40. de spectac.) c. 7., XI. 48. (47. de agric.) c. 19. [Gothofr. c. 18.], XI. 54. (53. ut nemo) c. 2.; XII. 33. (34. qui mil. poss.) c. 8., XII. 37. (38. de erog. mil. ann.) c. 18. 19., XII. 40. (41. de metat.) c. 12., XII. 47. (48. de fil. off.) c. 3., XII. 60. (61. de exec.) c. 7., XII. 63. (64. publ. laet.) c. 2. Diese unglossirten Stellen sind meistens ursprünglich griechische, daher in den abendländischen Handschriften vernachlässigte und erst seit dem 16. Jahrh. aus Handschriften des Codex oder andern, namentlich byzantinischen, Quellen restituirte Constitutionen (leges restitutae); vergleiche [G. W. Hugo über die nicht glossirten Stellen im Just. Codex. Jena und Leipzig 1807.] K. Witte die leges restitutae des Just. Codex. Breslau 1830. F. A. Biener Vorschläge zur Revision des Just. Codex in Savigny's Zeitschr. für geschichtl. Rtsw. VII. 5. 8. und G. E. Heimbach Ungedruckte Constitutionen des Just. Codex aus der Coislin'schen Hndschr. der Basiliken, ebenda VIII. 2., beide auch besonders gedruckt unter dem Titel: Beiträge zur Revision u. s. w. Berlin 1833. [Ueber die neuen Restitutionen in Krüger's Ausgabe (A. 5. Nr. 4.) vgl. Krüger's Vorrede und dazu Zachariä in d. krit. Vjschr. XVI. S. 222 fg. XX. S. 194 fg.]

c) von den Novellen, nach der Sammlung von 168 Nummern, Nr. 11. 13. 21. 24 .. 32. 35 .. 37. 40 .. 43. 45. 50. 59. 62 .. 65. 68. 75. 87. 101 .. 104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135 .. 142. 144 .. 158. 160 .. 168, zusammen 72, während 96 glossirt sind. Vgl. Biener a. a. O. Anh. II. Böcking a. a. O. Anh. III. IV., bei welchem jedoch unrichtig Nov. 127. als nicht glossirte bezeichnet ist, sodann die Verzeichnisse von Heimbach (vgl. Anm. 2), wo jedoch unrichtig im ersten Verzeichniß Nov. 130. (Authent. 118.) und im dritten Nov. 11. und 110. als glossirte bezeichnet sind. Die Nov. 110. (im Auth. 105.) wird auch sonst wohl unter die glossirten gezählt, weil sie, wenngleich ohne Glosse, in den 9 Collationen der Glossatoren aufgenommen ist (Coll. VIII. tit. 6.). Andere zählen auch Nov. 150. als glossirte mit und zählen so im Ganzen 97 glossirte Novellen; aber Nov. 150. fällt zusammen mit der allerdings glossirten Nov. 143 (im Auth. 132.). In der Ausgabe von Osenbrüggen (vgl. Anm. 5.) sind die glossirten Novellen durch das Zeichen Gl. bemerklich gemacht, welches jedoch unrichtiger Weise auch der Nov. 13. beigesetzt ist.

Abgesehen von dieser Beschränkung sind die Justinianischen Rechtsquellen im Ganzen („in complexu") recipirt worden, was man früher durch den verfänglichen und auch häufig falsch angewendeten Satz auszudrücken pflegte: wer sich auf einen in den Justinianischen Rechtsquellen (so weit sie glossirt sind) anerkannten Rechtssatz stützen könne, habe fundatam intentionem für sich. In neuester Zeit ist nun freilich diese Annahme von Mehreren durchaus bestritten worden, so namentlich von Reyscher in der Ztschr. für deutsches Recht IX. S. 373 .. 408. Leist civilist. Studien I. S. 12 fg.; aber vgl. dagegen unter andern Gerber das wissenschaftliche Princip des gem. d. Privatrechts (1846.) S. 150 fg. Vangerow Pand. I. §. 5. Windscheid Pand. I. §. 2. Z. 3. Stobbe a. a. O. Bd. II. §. 65. S. 110 fg. [Wächter Pand. §. 11. I .. IV. §. 14. Z. 3.]

[4] Im Codex sind durch die Glossatoren an geeigneten Orten auch 13 Constitutionen der Kaiser Friedrich I. und II. eingeschaltet, welche gleich andern, aus Justinianischen Novellen entlehnten, Einschiebseln Authenticae genannt werden und mit dem Codex recipirt sind. Sie sind: die Auth. ***sacramenta puberum*** nach L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 27. (28.), und auth. ***habita*** nach L. 5. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. von Friedrich I., dann von Friedrich II. die auth. ***cassa*** nach L. 12. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2., auth. ***item nulla***, ***item quaecunque***, ***statuimus***, im tit. Cod. de episcop. 1. 3., ***statuimus hoc*** nach L. 19. Cod. de episcop. aud. 1. 4., ***si vero dominus***, ***credentes***, ***gazaros*** nach L. 4. u. 19. Cod. de haeret. 1. 5., ***navigia*** nach L. 18. Cod. de furt. 6. 2., ***omnes peregrini*** nach L. 10. Cod. commun. de succ. 6. 59. und auth. ***agricultores*** nach L. 8. Cod. quae res pign. 8. 17. [Vgl. den Appendix II. in der Ausgabe des corp. jur. von Mommsen und Krüger (A. 5.) Bd. II. S. 510 .. 513.]

[5] Ueber die Ausgaben des corpus iuris civilis, glossirte und unglossirte: [E. Spangenberg Einleit. in d. Röm. Just. Rechtsbuch oder corp. iur. civ. Rom. Hannov. 1817.] J. L. G. Beck indicis codicum et editionum iur. Just. prodromus. Lipsiae 1823. Prodromus corp. iur. civ. a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol. 1823. [Ueber die älteste nicht glossirte Ausgabe des corp. i. c. v. J. 1518 s. jetzt Schulz z. Literärgeschichte des corp iur. civ. (Festgabe zum Jubiläum des Reichsgerichtspräsidenten Simson). 1883.] — Neuere Ausgaben sind: 1) Corp. iur. civ. edid. J. L. G. Beck. Lips. 1825 .. 36. 5 Bde. 8⁰, auch stereotyp in 1 oder 2 Bdn. 4⁰. 2) Corp. iur. civ. recognoverunt annotationibusque criticis instructum ediderunt Alb. et Maur. fratres Kriegelii, Aemil. Hermann, Ed. Osenbrüggen. Opus uno volumine absolutum. Lipsiae 1843. [Impressio sedecima 1880.] (Der erste Theil, Inst. und Pand. enthaltend, von den Gebrüdern Kriegel schon 1833 vollendet, der Codex von Herrmann 1843, die Novellen von Osenbrüggen 1840.) 3) Corp. iur. civ. recensuit, perpetuo commentario instruxit Ed. Schrader, tom. I. (Institut.) Berol. 1832. (Weiter ist diese Ausgabe, die zu weitläufig angelegt war, leider nicht gediehen.) Vergl. auch noch Böcking a. a. O. Anh. V. „über Handschriften und Ausgaben der Justinianischen Rechtswerke." Eine neue Ausgabe 4) Corp. iur. civ. editio stereotypa. Berolini 1868. sq. [ed. ster. III. 1882.] ist begonnen von P. Krüger, Th. Mommsen [und R. Schoell], wovon bis jetzt erschienen volumen prius (enthaltend Institutiones von Krüger und Digesta von Mommsen), sodann volumen secundum (enthaltend den codex Justinianus von Krüger); [von den Novellen erschienen bisher Nov. 1 .. 43 von Schoell.] Die Digesten sind von Mommsen schon vorher mit vollständigerem kritischen Apparat in

2 Bdn. herausgegeben unter dem Titel: Digesta Justiniani Augusti vol. I. II. Berol. 1868. 1870., und ebenso von Krüger eine besondere Ausgabe des codex Justinianus in einem Bande. Berol. 1877. [Seither auch eine besondere Ausgabe der (chronologisch geordneten) Novellen: Justiniani Novellae. Graecis ad fidem codicis Veneti castigatis ed. Zachariae a Lingenthal. Lips. 1881. Darüber Krüger in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 36 fg. Ueber den in Ausführung begriffenen Plan eines erschöpfenden Index zu den Digesten s. v. d. Leyen in der Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 9. S. 125 fg. Vgl. überhaupt Rudorff Ztschr. f. Rechtsgesch. VI. S. 418 fg. Meischeider in d. krit. Vjschr. XII. S. 143 fg. v. der Leyen das. XIV. S. 305 fg. Zachariä das. XVI. S. 221 fg. XX. S. 188 fg. (dazu aber auch Krüger das. XX. S. 597 fg.). Zachariä Ztschr. f. Rechtsgesch. X. S. 165 fg.]

[6] Unsere Art, einzelne Stellen zu allegiren, erklärt sich durch folgende Beispiele: a) aus den Institutionen: pr. §. 6. J. de legatis. 2. 20. b) aus den Pandekten: L. 1. pr. §. 14. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. L. 60. D. de legatis I. (30), II. (31), III. (32). c) aus dem Codex: L. 1. (oder L. un.) pr. §. 6. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. d) aus den Novellen: Nov. 89. praef. cap. 12. pr. §. 4. — In einigen Büchern und Titeln weichen in Betreff der Zählung der einzelnen Titel und Stellen verschiedene Ausgaben von einander ab; so namentlich jetzt die Digesta von Mommsen und der Codex von Krüger von der vorher üblichen Zählung. Bei Citaten solcher Stellen soll die verschiedene Zählung in ( ) angedeutet werden, z. B. L. 73 (72). D. de hered. inst. 28. 5., d. i. 73 in Mommsen's, 72 in der Kriegel'schen Ausgabe.

## §. 3.

### 2) Canonisches Recht.

Das canonische Recht ist als gemeines Recht, nicht bloß für kirchliche Verhältnisse, recipirt worden, so wie es in gewissen im Mittelalter entstandenen Sammlungen enthalten ist, die zusammen das sog. corpus iuris canonici (clausum) bilden. Für das Pandektenrecht ist das canonische Recht nur von untergeordneter Bedeutung, indem durch dasselbe nur in Einzelnem Aenderungen des römischen Rechts bewirkt worden sind.

Anm. [1] Ueber die Reception des canonischen Rechts vgl. Arndts Encyklopädie §. 119 .. 121., über die Schule der Canonisten in Bologna Savigny Gesch. des römischen Rechts im Mittelalter an vielen Stellen. In Betreff der Beziehungen zwischen römischem und canonischem Recht ist bemerkenswerth: Bernardi .. Papiensis .... Summa Decretalium ..., herausgegeben von Laspeyres, Regensb. 1860, dazu Maassen über eine lex rom. canonice compta. Wien 1860.

[2] Die Bestandtheile des corpus iur. canon. sind: 1) das Decretum (Gratiani), das Werk eines Mönchs in Bologna (wohl vor 1140), welches durch den Gebrauch Gesetzesansehen erhalten hat, jedoch nur für die aufgenommenen Beweisstellen (canones, capitula), nicht für die eigenen Sätze des Verfassers (dicta Gratiani). Es besteht aus drei Theilen. Der erste zerfällt in 101 Distinctionen; man citirt daraus z. B. cap. oder can. 1. 2. Dist. 10. Der zweite enthält 36 causae, deren jede in verschiedenen Quästionen abgehandelt wird; man citirt z. B. cap. 1. C. 12. qu. 1. Die qu. 3. der causa 33. aber enthält einen besondern Tractat de poenitentia, der wieder in 7 Distinctionen zerfällt, citirt z. B. cap. 6. D. 3. de poenit. Der dritte Theil endlich

zerfällt wieder in 5 Dist., und wird nach der Ueberschrift des ersten Abschnittes „de consecratione" genannt. 2) Decretales Gregorii IX., publicirt 1234, in 5 Büchern, diese in Titel abgetheilt, in welchen die betreffenden päpstlichen Verfügungen zusammengestellt sind. Man allegirt daraus z. B. cap. 6. X. de probat. 2. 19. (X. d. i. extra, sc. extra decretum Gratiani vagantes decretales.) 3) Liber sextus decretalium, so genannt als Zugabe zu den 5 Büchern der Gregorischen Sammlung, selbst aber auch wieder in fünf Bücher und Titel eingetheilt, publicirt von Bonifacius VIII. 1298. Man citirt daraus z. B. cap. 1. de praescript. in 6to. 2. 13. 4) Clementinae, sc. constitutiones in concilio Viennensi (1311) editae, von Clemens V. publicirt 1313, durch Johann XXII. den Universitäten Bologna und Paris zugesandt 1317, ebenfalls in fünf Büchern, woraus man allegirt z. B. Clem. 1. de appellat. 2. 12. Die spätern Extravagantensammlungen (extravag. Joh. XXII. und extravag. communes) kommen hier nicht in Betracht. Ueber die Entstehung und Beschaffenheit des corp. iur. can. vgl. vorzüglich Phillips Kirchenrecht IV. S. 137.. 434.

[3] Die besten Ausgaben des corpus iuris canonici sind a) die unter Gregor XIII. emendirte authentische Ausgabe mit der Glosse: Romae in aedibus populi Romani 1582. 5 voll. fol. b) Corpus iuris canonici Gregorii XIII. pont. max. authoritate post emendationem absolutam editum, rec. J. H. Böhmer. Hal. 1747. 2 voll. 4[0]. c) Corp. iur. can. emend. etc. Post J. H. Böhmeri curas brevi annotatione critica instructum ad exemplar Romanum denuo edidit Aem. Lud. Richter, 2 voll. 4[0]. Lips. 1839. (Vorrede von 1833.) [d) Corpus juris canonici. Edit. Lips. secunda post Aem. Lud. Richteri curas ad libr. manuscr. et editionis Romanae fidem recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg. Pars prior. Decretum Magistri Gratiani. Pars secunda. Decretalium Collectiones. 4[0]. Leipzig 1877 fg.]

## §. 4.

### 3) Einheimisch deutsches Recht.

Das durch die recipirten fremden Rechte uns überkommene Privatrecht ist in manchen Stücken durch gemeines einheimisch deutsches Recht in der Anwendung beschränkt oder modificirt worden. Dieses aber ist theils in deutschen Reichs- und Bundesgesetzen enthalten, theils besteht es als Gewohnheitsrecht, welches vorzugsweise durch die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechts und die von dieser beherrschte gerichtliche Praxis sich gebildet hat.

Anm. [1] Die Reichsgesetze [die Gesetze des alten deutschen Reiches] sind theils in Reichsabschieden enthalten — Reichstags-Abschiede (RA.), der jüngste von 1654 (JRA.); Reichsdeputations-Abschiede (RDA.), — theils als Reichsordnungen besonders genannt z. B. Reichspolizeiordnung von 1530, 1577 (RPO.), Notariatsordnung (NO.) von 1512, Peinliche Gerichtsordnung (PGO.) von 1532, Kammergerichtsordnung (KGO.) von 1555, — theils als einzelne Reichsbeschlüsse erlassen. Vgl. darüber: Sammlung (neue u. vollst.) der Reichsabschiede, w. v. Conrad II. bis jetzt auf d. Teutschen Reichstagen abgefaßt worden, sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. Frankf. 1747. 4 Bde. Fol. C. F. Gerstlacher Handb. der deutschen Reichsgesetze in system. Ordnung 11 Thle.

Karlsr. 1786 .. 1798 (der 10. Thl. betrifft das Privatrecht). G. Emminghaus Corpus juris Germanici .... academicum. 2 Thle. Jena 1824. zweite Aufl. 1844. [Ueber die Gesetze des neuen Reiches vgl. A. 5.]

[2] Zu den Bundesgesetzen gehört vor Allem als Grundgesetz die deutsche Bundes-Acte vom 8. Juni 1815; dann spätere Bundesbeschlüsse. Die in den Jahren 1848, 1849 als Beschlüsse der damals in Frankfurt tagenden Nationalversammlung verkündeten „Reichsgesetze" haben als solche keine Geltung erlangt. Aber eine darunter befindliche deutsche Wechselordnung ist durch später erfolgte Annahme und Publikation von Seiten der gesetzgebenden Gewalt der einzelnen deutschen Staaten wirklich gemeinsames Recht fast aller deutschen Bundeslande und nicht zum Bund gehöriger Gebiete von Preußen und Oesterreich geworden, gehört aber ihrem Gegenstande nach nicht in das Pandektenrecht. Seither ist auch ein gemeinsames deutsches Handelsgesetzbuch für dieselben Staaten zu Stande gekommen, von welchem dasselbe gilt. [Beide sind nunmehr absolut gemeines Recht für das deutsche Reich, s. A. 5.]

[3] Die politischen Veränderungen in Deutschland im Laufe des 19. Jahrhunderts, die Auflösung des alten deutschen Reiches (1806), die Gründung des deutschen Bundes (1815), die Zersprengung dieses Bundes und das Aufgehen mehrerer Bundesstaaten in Preußen (1866), die Gründung des neuen deutschen Reiches mit Ausschluß von Oesterreich (1871), haben unmittelbar in dem Privatrecht der davon betroffenen Länder keine wesentliche Aenderung bewirkt. Aber das neue Reich hat nunmehr die bürgerliche Gesetzgebung in die Hand genommen (§. 1. Anm. 2.), wodurch schon vorliegende Entwürfe für das Großherzogthum Hessen und für Bayern, sowie der Entwurf eines Obligationenrechts für die deutschen Bundeslande schon durch die Zersprengung des Bundes, erfolglos geworden sind. Vergl. Arndts Encyklopädie 7. Aufl. §. 141 fg.

[4] Ueber das Gewohnheitsrecht vgl. vorzüglich G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht 2 Thle. Erlangen 1828, 1837. Savigny System des R. R. Bd. I. S. 34 bis 38. 45..49. 76..100. 144..197; dazu Brinckmann das Gewohnheitsrecht im gemeinen Civilrecht und Civilprocesse und die Handelsusancen I. Heidelberg 1847. Vgl. auch Unger System des österr. allg. Privatrechts I. §. 5. 6. Windscheid Pand. §. 15 fg. [Harum v. d. Entstehung des Rechts. 1863.] Fr. Adickes zur L. v. den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und über das Gewohnheitsrecht. 1872. [(darüber Brinz in d. krit. Vjschr. XV. S. 162 fg.) Stintzing Macht u. Recht. 1876.] Brinz Pand. 2. Aufl. §. 19. 20. 26. und dazu Arndts in Grünhut's Zeitschr. I. S. 486 fg. [Sturm der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. 1877. (Drbr. Brandis in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 204 fg.) Pfaff und Hofmann Comm. z. östr. a. b. G.B. 1877. I. S. 220 fg. Wächter Pand. §. 22. 23. A. Schmidt z. Lehre v. Gewohnheitsrecht. 1881. (Leipz. Programm.) Sturm Recht und Rechtsquellen. Kassel 1883. Jhering Zweck im Recht II. 1883. S. 19 fg., 238 fg., 298 fg. Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 10 fg., 184 fg. A. S. Schultze Privatrecht u. Proceß in ihrer Wechselbeziehung. I. 1883. Zitelmann Gewohnheitsrecht u. Irrthum, im civ. Arch. LXVI. 13. S. 323 fg.] — Erkenntnißmittel des gemeinen Gewohnheitsrechts sind theils Urkunden über Rechtsanwendung (Rechtsgutachten, Urtheile), theils auch die wissenschaftlichen Arbeiten über das Recht. (Vgl. Puchta Lehrb. der Pand. §. 12. 13. und unten §. 19. Anm. 5.). [Beweis des Gewohnheitsrechts: R.C.Proc.O. §. 265. — Ueber Billigkeit s. unten §. 21. Anm. 5.]

[[5] Eine wichtige hieher gehörige Quelle des gemeinen Privatrechtes bilden nun die

Gesetze des neuen deutschen Reiches. Die Reichsverfassung vom 16. April 1871 bestimmt (ähnlich der Verf. d. norddeutschen Bundes) Art. 2.: „Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen, welche vermittelst eines Reichsgesetzblattes geschieht . . ." Die in der Reichsverfassung (Art. 4) nur rücksichtlich eines Theiles des Privatrechtes dem Reiche zugewiesene Gesetzgebungsgewalt ist durch das Reichsgesetz v. 20. December 1873 Nr. 379 auf das ganze bürgerliche Recht ausgedehnt worden. Auch sind die meisten Gesetze des norddeutschen Bundes auch in den Gebieten der süddeutschen Staaten zur Geltung gebracht worden. Namentlich ist zu beachten, daß nach Art. 2 cit. die neuen Reichsgesetze (anders als die des alten Reiches) den Landesgesetzen vorgehen, also absolut gemeines Recht bilden. Die Reichsgesetze in der jetzt geltenden Fassung enthält: Die Gesetzgebung des deutschen Reiches von d. Gründung des Norddeutschen Bundes bis auf die Gegenwart. Mit Erläuterungen und Registern hgg. von Gaupp, Hellweg, Koch, Neubauer, Solms, Sydow, Turnau, Vierhaus. Berlin u. Leipzig 1883. Bisher Lief. 1 . . 9. (= Band 1. 2. Lief. 1 . . 3.) Vgl. überhaupt Stobbe Deutsch. Pr.R. I. S. 69 f. 2. Aufl. 1882. S. 73 fg. Laband Staatsrecht des deutschen Reiches II. (1878) Cap. 7. Meyer Lehrb. d. deutschen Staatsr. (1878) S. 158 fg. Note 8. (Ein Verzeichniß der wichtigsten privatrechtlichen Reichsgesetze auch bei Roth Syst. I. S. 37 fg.) Dreyer das deutsche Reichs-Civilrecht. 1876. Mandry der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze. 1878 (erweitert aus Civ. Arch. LIX. Nr. 9. 11 und LX. Nr. 1. 3: Trbr. Rassow in seinen Beitr. z. Erl. d. d. R. XXIII. S. 933 fg.). Zweite erweiterte und durchgearbeitete Aufl. 1882. (Drbr. Rassow in s. Beitr. XXVII. S. 163 fg. Bähr in der krit. Vjschr. XXV. S. 539 fg.) Mandry das Reichscivilrecht in Holtzendorff's Encyklop. 4. Aufl. I. S. 585 fg.]

[6] Ueber die Rechtsquellen überhaupt vgl. noch Bluhme Encyklopädie der in Deutschland geltenden Rechte, erste Abth., äußere Encyklopädie; auch unter dem besonderen Titel: Ueberficht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen mit einer encyklopädischen Einleitung. Bonn 1847. 2. Ausg. 1854. [Roth Syst. I. Cap. 2. 3. Burckhard Syst. des östreich. Priv.R. I. (1883.) bes. §. 5 . . 17.]

## B. Gebrauch der Quellen.

### §. 5.

Die Wissenschaft hat die Aufgabe, aus dem Gesammtinhalt der angegebenen Quellen das System des gemeinen Civilrechts zu gewinnen. Zu diesem Zwecke ist erforderlich 1) richtige Auffassung der in demselben enthaltenen einzelnen Rechtssätze, und 2), unter Ausscheidung des im heutigen Recht nicht mehr Gültigen, die Verbindung der gefundenen noch geltenden Rechtssätze zu einem einigen Ganzen.

### 1) Von der Auslegung des Inhalts der Rechtsquellen im Einzelnen.

### §. 6.

Die Kenntniß der einzelnen Rechtssätze, welche den Inhalt des gemeinen Civilrechts bilden, müssen wir bei weitem größtentheils aus

geschriebenen Quellen schöpfen. Die Thätigkeit, welche auf Ermittelung des Sinnes derselben gerichtet ist, nennen wir Interpretation, Auslegung, und zwar doctrinelle Interpretation, insofern sie nur nach Regeln der Wissenschaft zu Werke geht und kein anderes Ansehen als das ihrer innern Wahrheit in Anspruch nimmt.

Anm. [1] Die authentische und usuelle Interpretation von Gesetzen, die man auch wohl beide unter dem Begriff der Legalinterpretation zusammenfaßt, sind als solche nicht bloß Interpretation, sondern zugleich Gesetz oder Gewohnheitsrecht. L. 12. §. 2. seqq. (1.) Cod. de legib. 1. 14. L. 37. 38. D. de legib. 1. 3.

[2] Von Interpretation kann nicht nur bei Gesetzen die Rede sein, sondern auch bei andern Erkenntnißquellen des Rechts, welche nur Zeugniß von bestehendem Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht geben.

[3] Der Interpretation bedarf man nicht nur zur Erkenntniß des Rechts im objectiven Sinne, sondern auch zur Beurtheilung einzelner Rechtsverhältnisse, sofern diese durch Willenserklärungen oder obrigkeitliche Entscheidungen bestimmt werden. Hier ist nur in der ersten Beziehung davon die Rede.

[4] Den Inbegriff der Regeln über Auslegung nennt man juristische Hermeneutik. Vgl. C. H. Eckhardi hermeneutica iuris. Lips. 1750. rec. Walchius 1779. K. S. Zachariä Versuch einer allg. Hermeneutik des Rechts. Meißen 1805. W. F. Clossius Hermeneutik des R. R. im Grundrisse. Leipz. 1831. Eine vorzügliche Entwickelung dieser Lehre gibt Savigny System Bd. I. §. 32..51. Dazu eine beachtenswerthe Schrift: Lang Beiträge zur Hermeneutik des röm. Rechts. Stuttgart 1857. Vgl. auch Unger a. a. O. §. 13. 14. Windscheid Pand. §. 20..23. [Pfaff und Hofmann Comm. I. S. 166..214. Wächter Pand. §. 26.]

## §. 7.

Die Aufgabe der Interpretation einzelner Gesetze — und was von Gesetzen gilt, kann analog auch auf andere geschriebene Rechtssätze angewendet werden — ist die, den wahren und ganzen Gehalt der gesetzlichen Bestimmung zum Bewußtsein zu bringen. Zu diesem Zwecke muß man natürlich vor Allem den Sinn erforschen nach den Regeln der Grammatik und des Sprachgebrauches, grammatische Auslegung [1]. Aber das Gesetz kann wegen Mangels völliger Bestimmtheit des Ausdrucks, bloß grammatisch betrachtet, einer verschiedenen Deutung empfänglich sein, z. B. wegen Mehrdeutigkeit einzelner Worte, oder wegen Ungenauigkeit in der Verknüpfung der einzelnen Worte oder Sätze mit einander [2]. Der Ausdruck kann auch unrichtig sein, so daß der grammatische wenn gleich bestimmte Sinn dem wahren Gedanken des Urhebers nicht entspricht, und es kann selbst der ausgedrückte Gedanke doch nicht ganz mit der eigentlichen Willensmeinung des Gesetzgebers übereinstimmen [3]. Die Auslegung muß gleichwohl überall ein bestimmtes Resultat und Erkenntniß der wahren Absicht und eigentlichen Willensmeinung

des Urhebers zu erzielen suchen[4]; daher die sog. **logische** Auslegung[5], deren Ergebniß also von dem grammatischen Sinn auch wohl abweichen kann (**ändernde** Auslegung). In Fällen der letzten Art kann sich insbesondere ergeben, bald, daß der Ausdruck enger, bald, daß er weiter ist, als es der wahren Meinung des Gesetzurhebers entspricht (**ausdehnende** oder **einschränkende** Auslegung). Anhaltspunkte der Auslegung aber gewähren hier theils der Zusammenhang des Gesetzes in sich und mit andern[6], theils der erkennbare Grund des Gesetzes (ratio legis), unter Umständen auch wohl, wenigstens mittelbar, die äußere Veranlassung desselben (occasio legis), und die hiernach zu beurtheilende innere Angemessenheit der einen oder andern Deutung[7]. Regelmäßig muß man jedoch von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gesetzgeber mit guter Ueberlegung den seiner Absicht entsprechenden Ausdruck gewählt und nichts ohne Bedeutung gesagt habe[8].

Anm. [1] Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. L. 25. §. 1. D. de legat. III.

[2] Z. B. L. 5. §. 1. (L. 5.) Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 40 (41): „in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem *temporales praescriptiones* . . . . concesserunt . . . ., eas ipso iure non currere.“ L. 30. pr. Cod. de iure dot. 5. 12. „in rebus dotalibus, . . . ., *si tamen extant*, . . . . mulierem in his vindicandis omnem habere . . . . praerogativam.“ L. 25. D. de lib. legata 34. 3. Sed poterit hoc dici etc.?

[3] L. 13. §. 2. D. de excusat. 27. 1. „Etsi maxime verba legis hanc significationem habent, tamen sententia legislatoris aliud flagitat.“

[4] L. 17. D. de legib. 1. 3. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. cf. L. 6. §. 1. D. de V. S. 50. 16.

[5] A. F. J. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des R. R. Altona 1799. 1806. Vgl. Savigny I. §. 50. Lang a. a. O. S. 57 fg., auch Windscheid Pand. §. 21. 22.

[6] L. 24. D. de legib. 1. 3. Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere. L. 26..28. ibid. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur ... Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.

[7] L. 19. D. de legib. 1. 3. In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim quum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit. — L. 18. ibid. Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur. — L. 25. ibid. Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem. — L. 19. D. ad exhib. 10. 4. Non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere.

[8] Daher das sog. *argumentum a contrario*. — L. 22. D. de legib. Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. — Exceptio firmat regulam in

casibus non exceptis. cf. L. 20. §. 6. D. qui test. fac. 28. 1. — Dagegen: Unius positio non est alterius exclusio. [Vgl. Deutschmann in Rassow's Beitr. XXVI. S. 52 fg.]

§. 8.

Die Quellen des gemeinen Civilrechts, insbesondere des Justinianischen Rechts, bestehen ihrem Inhalte nach zum kleinsten Theile aus eigentlichen Gesetzen. Die Institutionen sind ein Lehrbuch, worin absichtlich manches nur historisch Bedeutende aufgenommen ist; die Digesten bestehen aus Bruchstücken wissenschaftlicher Werke einer frühern Zeit und der verschiedensten Art; ein sehr großer Theil des Codex besteht aus kaiserlichen Rescripten aus verschiedener Zeit, welche regelmäßig zunächst nur den Zweck hatten, für einzelne Fälle nach dem bestehenden Rechte die Entscheidung anzugeben. Gleichwohl ist allen darin anerkannten Rechtsätzen von Justinian die Kraft von Gesetzen beigelegt und jedes einzelne Rechtsbuch gewissermaßen als ein großes Gesetz publicirt worden. Diese Rechtsätze sind aber häufig nur durch Abstraction aus der Entscheidung einzelner Fälle abzuleiten, und dabei ist denn insbesondere nur sehr vorsichtig von dem argumentum a contrario Gebrauch zu machen. Bei der Auslegung einzelner Stellen kann man unterscheiden den Sinn, welchen sie ursprünglich hatten, und welchen sie als Bestandtheile des Justinianischen Rechts haben; *duplex* interpretatio (Interpolationen, emblemata Triboniani). Dabei ist aber zu beachten der ursprüngliche Verfasser und die Zeit derselben, ihre Stellung in der Compilation und ihr Verhältniß zu andern Stellen derselben.

Anm. Ueber die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln vgl. Bluhme in der Ztschr. für geschichtliche Rtsw. IV. S. 257 fg., insbesondere S. 290 fg. 366. 413 fg. Reimarus Bemerkungen und Hypothesen über die Inscriptionenreihen der Pandektenfragmente. Göttingen 1830. Eyssenhardt Justinian's Digesten nach Drittheilen, Partes, Büchern, Titeln und Fragmenten. Leipzig 1845. [Vgl. auch Krüger in Mommsen's Digestenausgabe II. S. 50* fg.]

§. 9.

Voraussetzung aller Auslegung ist ein auszulegender Text. Die auf Feststellung des wahren Textes gerichtete Thätigkeit heißt Kritik. Sie ist entweder niedere (diplomatische) oder höhere Kritik. Die letzte sucht, unter Benutzung des äußern Materials, welches die erste sichtet, nach innern Gründen den richtigen Text zu ermitteln, und kann dabei nicht bloß wählen unter verschiedenen beglaubigten Lesarten, sondern auch wohl ohne äußere Beglaubigung verbessernd den Text bilden (Conjecturalkritik).

Anm. [1] Ueber die Zulässigkeit der Kritik bei der Auslegung der Justinianischen Rechtsquellen vgl. Savigny System I. §. 38. 39.

[2] Ueber die Geschichte der Textesrecensionen, insbesondere über das Verhältniß des Bolognesischen Textes der Digesten (Vulgata) und der Florentinischen Handschrift derselben (lectio Vulgata, Florentina oder Pisana, sodann Haloandrina oder Norica) vgl. Savigny Gesch. des R. R. im MA. III. §. 164 fg. S. 445 fg. Böcking a. a. O. S. *13 fg. Die genauesten Nachweisungen über die Handschriften der Digesten und deren Verhältniß zu einander gibt jetzt Th. Mommsen in den Vorreden zu Bd. 1 und Bd. 2 seiner Ausgabe der Digesta Justiniani (§. 2. Anm. 5.). Vgl. dazu Huschke zur Pandektenkritik, (1875) S. 1 fg. [Amann die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik geprüft an der sog. lex Gallus. München 1878. Ueber beide Schriften Brinz in d. krit. Vjschr. XX. S. 177 fg. und über die von Amann J. Merkel in d. Jen. Litztg. 1879. Nr. 3.] — auch Scheurl in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 143 fg. Den Codex betr. vgl. P. Krüger Kritik des Just. Codex. Berlin 1867., und in der Ztschr. für Rechtsgesch. VIII. S. 1 fg. XI. S. 166 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 3.]

[3] Einzelne bei der Kritik zu beachtende Punkte sind namentlich: 1) der Mangel der Interpunktion in den Handschriften, z. B. L. 44. D. donat. int. v. et u. 24. 1. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3. 2) Geminationen z. B. L. 208. D. de V. S. „*Singulares* (*res*)"; L. 108. §. 1. D. de legat. I. „*Si ignorem* (*rem*) *meam*". 3) Versetzung einzelner Worte, Sylben oder Buchstaben, z. B. *pars hodie* statt *rhapsodiae*, in L. 52. §. 2. D. de legat. III. (32.) 4) Unrichtige Auflösung von Siglen, z. B. *fideicommissi causa* in L. 8. pr. D. qui et a quib. 40. 9., vielleicht *fraudandorum creditorum causa* (f. c. c.); in L. 31. pr. D. de usucap. 41. 3. *errorem*, wahrscheinlich *errorem m.*, d. i. *errorem modo;* in Ulp. fragm. VI. §. 6. *r. u.* d. i. *rei uxoriae*, nicht *revera*. Vgl. Huschke a. a. O., und daselbst S. 13 fg. eine große Reihe von Emendationen zu Dig. lib. 20..22., auch desselben Vf. ältere Kritische Vers. in Linde's Zeitschr. n. F. II. 6. IV. 9. V. 2., Buchholtz das. XII. 5. Fuchs kritische Studien z. Pandektentexte. Berlin 1867. [Jhering in seinen Jahrbb. XII. 5. XV. 9.]

[4] In Betreff der Benutzung des griechischen Textes Justinianischer Rechtsquellen, insbesondere über das Verhältniß des griechischen Novellentextes zu der von den Glossatoren als authentischer Text behandelten Uebersetzung (anthenticum, versio vulgata, §. 2. Anm. 2) vgl. Osenbrüggen über die praktische Autorität des griechischen Textes und der versio vulgata der Novellen, in der Zeitschr. für Civilrt. und Proc. Bd. XVII. 11. Majer in ders. Zeitschr. n. F. V. 7. (rect.: 8) S. 310 fg.

### 2) Auslegung der Quellen im Ganzen.

## §. 10.

In dem Umfange der gesammten Quellen finden sich häufig einander widerstreitende Bestimmungen. Es fragt sich, wornach ist in solchem Falle zu entscheiden? [1] In dieser Beziehung kommt vorzüglich die Regel in Betracht, daß das neuere Recht dem älteren vorgehe, wobei jedoch zu beachten ist, daß die Aufhebung einer ältern Regel nicht noth=

wendig auch die Aufhebung eines neben derselben bestandenen Ausnahmesatzes mit sich bringt [2].

Anm. [1] Vgl. Savigny a. a. O. §. 42..46. [Wächter Pand. §. 14.]

[2] Lex posterior (ius posterius) derogat priori; lex posterior generalis non derogat priori speciali. Vgl. A. F. J. Thibaut civilist. Abhandl. Heidelb. 1814. Abh. VII.

## §. 11.

Nach obiger Regel hat [abgesehen von den Gesetzen des jetzigen deutschen Reiches, die als absolut gemeines Recht selbst den Landesgesetzen vorgehen, §. 4. A. 5.] vorerst die heutige feststehende Praxis den Vorzug vor allen übrigen Quellen des gemeinen Civilrechts. Demnächst folgen die Gesetze des alten deutschen Reiches. Dann hat auch das canonische Recht, obwohl es in Deutschland gleichzeitig mit dem römischen Rechte recipirt worden ist, als neueres Recht doch regelmäßig den Vorzug vor diesem, sofern nicht in einzelnen Punkten ein abweichender Gerichtsgebrauch erweislich vorliegt.

## §. 12.

Auch das Verhältniß der verschiedenen Bestandtheile der einzelnen Hauptklassen unserer Quellen (§. 2..4) läßt sich großentheils nach derselben Regel bestimmen. Die jüngeren Reichsgesetze haben vor den älteren den Vorzug, die späteren Sammlungen canonischen Rechtes vor den frühern. Desgleichen auch gehen die Novellen Justinian's allen übrigen Bestandtheilen des Justinianischen Rechts, und die jüngern den ältern Novellen vor. Dagegen kann über das Verhältniß der Institutionen, Pandekten und des Codex zu einander jene Regel nicht schlechthin entscheiden, da diese Rechtsbücher, obwohl nicht völlig gleichzeitig publicirt, von Justinian doch als Ein zusammenhängendes Ganzes, worin sich unvereinbare Widersprüche nicht finden sollten, gedacht und mit gesetzlicher Kraft versehen worden sind.

Anm. [1] Const. *Tanta* §. 23. Leges autem nostras, quas in his codicibus, i. e. Institutionum . . . . et Digestorum . . . ., posuimus, suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Calendas Januarias (d. i. 30. Dec. 533).

[2] Const. *Cordi* §. 4. . . . Jussimus . . . . eum (codicem repetitae praelectionis) . . . . in omnibus iudiciis solum, quantum ad divales constitutiones pertinet, frequentari ex die quarto Calendarum Januariarum, quarti nostri felicissimi consulatus (d. i. 29. Dec. 534).

## §. 13.

Finden sich nun gleichwohl Widersprüche in den drei Justinianischen Rechtsbüchern, so muß vor Allem eine Vereinigung der widersprechenden Stellen versucht werden, und zwar ist man dabei selbst zu etwas künstlichem Verfahren im Nothfall berechtigt [1]. Die Vereinigung aber kann theils nach systematischen, theils nach historischen Gesichtspunkten erzielt werden: das eine, indem man die eine Stelle nur als die andere näher bestimmend oder beschränkend auffaßt; das andre, indem man nachweiset, daß die eine Stelle wirklich den wahren bleibenden Gedanken der Gesetzgebung ausspreche, die andre nur historisch bedeutendes Material enthalte [2]. Wenn aber eine Vereinigung der widerstreitenden Stellen nicht zu erreichen ist (Antinomie), so bleibt nichts übrig, als diejenige Entscheidung anzunehmen, zu welcher, wenn keine der widerstreitenden Stellen vorläge, die Consequenz der anerkannten Grundsätze von selbst hinführen würde [3].

Anm. [1] Const. *Tanta* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;* sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem.

[2] Const. *Deo auctore* §. 10. Sed et si quae leges in veteribus libris positae iam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus. — Const. *Summa* §. 1. . . . tollendis . . . . contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuatae sunt. — Prooem. Instit. §. 3. . . . tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. cf. §. 5. Quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat et quod postea desuetudine inumbratum imperiali remedio illuminatum est. — Vgl. auch nov. 89. cap. 7. Quam (*sc.* constitutionem) ideo solum inscribi permisimus, ne eos, quibus fortasse illa constitutio prodest, . . . hac utilitate privaremus; quemadmodum etiam non concedimus, ut Anastasii piae memoriae constitutio, quae naturales adoptare permittit, subditos nostros in posterum molestia afficiat, sed ideo solum eam positam patimur, ne, si quidam ex illa utilitatem aliquam percipiant, illam per leges nostras tollere videamur. Vgl. Savigny a. a. O. S. 272 fg., insbesondere über die Frage, in wie fern dabei auf das Alter der widerstreitenden Stellen Rücksicht zu nehmen sei? S. 280 fg. Vgl. Fitting über das Alter der Schriften röm. Juristen von Hadrian bis Alexander. Basel 1860. und darüber Stintzing in der krit. Vierteljschr. III. S. 122 fg. [Vgl. auch Wächter Pand. §. 24.]

[3] Ein ausgiebiges, freilich sehr äußerliches Mittel zur Beseitigung von Antinomien gibt F. C. Schmidt an: Methode der Auslegung der Justinianeischen Rechtsbücher und Prüfung der bisher befolgten Methoden. Kiel 1855. §. 37 fg., indem er ein ungebührliches Gewicht auf den Titel legt, in welchem eine Stelle steht. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau III. S. 485 fg. (civ. Schriften I. S. 1 fg.) Stintzing in der Heidelb. krit. Zeitschr. III. S. 56 fg.

## §. 14.

Finden wir den Inhalt der vorliegenden Rechtsquellen nicht ausreichend zur Entscheidung einer sich ergebenden Rechtsfrage, so müssen wir diese Lücke durch Analogie auszufüllen und jene Frage sonach im Geiste des bestehenden Rechts zu beantworten suchen.

Anm. Vgl. Savigny a. a. O. S. 290..96. Unger a. a. O. §. 10. 11. (Gesetzesanalogie, Rechtsanalogie). Windscheid Pand. §. 22. 23.

## §. 15.

Als Hülfsmittel zum bessern Verständniß der Justinianischen Rechtsquellen können einerseits die Ueberbleibsel des ältern römischen Rechts [1], andererseits die spätern, namentlich die griechischen, Bearbeitungen des Justinianischen Rechts [2] dienen.

Anm. [1] Die vollständigste Sammlung davon gibt das seit 1833 in Bonn erscheinende corpus juris romani anteiustiniani. Am wichtigsten sind für die Interpretation des Justinianischen Rechts die erhaltenen Schriften von Gajus, Ulpian, Paulus, die fragmenta Vaticana und die collatio leg. Mos. et Rom.; dann der Theodosische Codex mit den spätern Novellen. Vgl. Böcking Inst. I. §. 18..20. 22. — Eine empfehlenswerthe Sammlung der Ueberbleibsel vorjustinianischer jur. Schriften, außer den Digesten, ist: Jurisprudentiae antejustinianae quae supersunt ... composuit, recensuit, adnotavit Ph. Ed. Huschke. Lipsiae 1860. edit. 4. 1879. [Collectio librorum iur. anteiust. in usum schol. edd. P. Krueger, Th. Mommsen, F. Studemund. Berol. 1877. 78. Bisher 2 tom. Vgl. ferner: Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem 5. Jahrh. ... hgg., übersetzt und erläutert von Bruns und Sachau. Leipz. 1880. (drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XXII. S. 548 fg.) Hube z. Beleuchtung der Schicksale des sog. Syr.-Röm. Rechtsb. in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. Nr. 2. S. 17 fg. Sachau Nachtrag dazu ebda. S. 21 fg. Mommsen im Juniheft 1879 der Monatsberichte der k. preuß. Akademie der Wissensch. S. 501 fg. Krüger ebda. April 1880. S. 363 fg. Huschke die jüngst aufgefundenen Bruchstücke aus Schriften römischer Juristen. Leipz. 1880. Krüger in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIV. Rom. Abth. S. 93 fg. XV. S. 83 fg. M. Cohn ebda. XV. S. 90 fg. Lenel ebda. XV. S. 233 fg. Krüger die Sinai-Scholien zu Ulpian's libri ad Sab. ebda. XVII. Rom. Abth. Nr. 1. S. 1 fg.] — Eine Sammlung vorjustinianischer Constitutionen ist: Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Justinianum latarum, quae extra constitutionum codices supersunt ... collegit ... disposuit, indicibus, qui codices quoque comprehendunt, ... instruxit Gust. Haenel. Lipsiae 1857. 4.

[2] Die wichtigsten sind: die Paraphrase der Institutionen von Theophilus (Ausgabe von Reitz, im Haag 1751. 2 Bde. 4.), die Basiliken (neue Ausg. von Heimbach, in 5 Bdn. Leipzig 1833..1851. 4. nebst einem supplementum zu Bd. 2. von Zachariä, 1846.), das Prochiron von Basilius, Constantin und Leo (Ausgabe von Zachariä, Heidelb. 1837. 8.) und das Prochiron des Harmenopulus (neueste Ausgabe von G. E. Heimbach, Leipzig 1851). Vgl. Böcking a. a. O. §. 23. und dazu Heimbach in d. Ztschr. für Rechtsgesch. II. S. 319 fg. IV. S. 299 fg. VIII. S. 414 fg.

## III. Literatur des Pandektenrechts.*

§. 16.

Seit dem Aufblühen der neueren Jurisprudenz auf der Rechtsschule zu Bologna ging man in der Bearbeitung des Rechts zunächst exegetisch zu Werke. Die Glossen der Rechtslehrer daselbst, und so auch die vorzugsweise „Glosse" genannte Zusammenstellung derselben von Accursius bilden eine fortlaufende Exegese des Corpus Juris [1]. Und noch im 16. Jahrhundert war die exegetische Methode vorherrschend, in welcher Zeit vorzüglich die Leistungen der französischen Juristenschule hervorragen [2].

* [Vgl. Warnkönig Vorschule der Institutionen und Pandekten (1839) S. 159.. 328. Warnkönig Jur. Encyklopädie (1853) S. 242 fg. 265 fg. 313 fg. Besonders aber Brinz Pand. 2. Aufl. I. S. 30..86. Wächter Pand. §. 15. 16. und neuestens die sehr verdienstliche Zusammenstellung (ein 93 SS. füllender Anhang) in Rivier Introduction historique au droit romain. Nouv. éd. 1881.]

Anm. [1] Ueber die Glosse des Accursius vgl. Savigny Gesch. des R. R. V. §. 91 fg. — Ueber die Controversen der Glossatoren: Dissensiones Dominorum, .... edid. et ... illustr. G. Haenel. Lipsiae 1834. Savigny a. a. O. §. 86 fg.

[2] Vorzüglich hervorzuheben sind die Werke von Jakob Cujas († 1590). — Jacobi Cuiacii opera omnia cura C. A. Fabroti, Paris 1658. 10 voll. fol., studio L. Ranii, Neap. 1722. 11 voll. fol., eben so Neap. 1757. Venet. 1758. — Dazu Dominici Albanensis promptuarium univ. opp. Jac. Cuiacii. Neap. 1763. Mutin. 1792. 2 voll. fol.

[3] Als exegetische Commentatoren Justinianischer Rechtsquellen sind außerdem unter Andern zu nennen a) für die Institutionen: Balduin († 1573), Hotmann († 1590), Giphanius († 1604), Janus a Costa († 1637), Bachofen van Echt († 1635), Vinnius († 1657), neuerdings Schrader in seiner Ausgabe (§. 2. Anm. 5. Z. 3). b) für die Digesten oder einzelne Theile derselben: Odofredus († 1265), Alciat († 1550), Duaren († 1559), Donellus († 1591), Brunnemann († 1672). c) für den Codex: Azo († 1230), Odofredus, Donellus, Giphanius, Wissenbach († 1665), Perez († 1672), Brunnemann. d) für die Novellen: Rittershausen (Rittershusii Jus Justinianeum etc. 1615). — Exegetische Schriften über vermischte einzelne Stellen gibt es viele unter dem Titel: observationes, interpretationes, emendationes.

[4] Fortlaufende Nachweisungen zur Interpretation der Digesten geben A. Schultingii notae ad Dig., edid. et animadv. adiecit N. Smallenburg. Lugd. Bat. 1804..1835. 7 voll. 8⁰. — Lexikographische Hülfsmittel der Exegese sind: B. Brissonius de verborum, quae ad ius pertinent, significatione. Lugd. 1559. Francof. 1683. fol cura Heineccii, Halis Sax. 1740. fol. mit den Supplementen von Wunderlich (Ham. 1778. fol.) und Cramer (Kiliae 1813. 4.); H. E. Dirksen Manuale latinitatis font. iur. civ. Rom. Berol. 1837. 4. H. G. Heumann Hand-

lexikon zu den Quellen des röm. Rechts. 5. Aufl. v. Hesse. Jena 1879. — Auch eine deutsche Uebersetzung des Corpus Juris haben wir, herausgeg. von Otto, Schilling und Sintenis, Leipzig 1830..1833.

## §. 17.

Seit dem 16. Jahrhundert wurde es, namentlich in Deutschland und Holland, üblich, umfassende Vorträge über das Civilrecht nach der Titelfolge der Justinianischen Institutionen oder Pandekten zu halten (sog. Legalordnung), indem man in jedem Titel die durch die Rubrik bezeichnete Materie in freier Darstellung abhandelte; in dieser Art wurden dann auch viele Bücher geschrieben.

Anm. Es gehören hieher unter andern: 1) M. Wesenbecii Comment. in Pandectas iur. civ. et Cod. Just. (Paratitla) 1589. 90. aucta ab A. Vinnio, Lugd. Bat. 1649. 2) J. Meieri Collegium Argentoratense, Argent. 1616. 1657. 3) Ulr. Huberi praelect. iur. civ. (p. II. III.) 1689. 90., cura Menkenii, Lipsiae 1707. Frcf. et Lipsiae 1749. 4) W. A. Lauterbach Colleg. theoretico-practicum. Tub. 1690..1711, 16. Ausg. 1784. Dazu Sam. de Cocceji Jus civ. controversum. Lips. 1710. 1766. 5) Joh. Schilteri exercitationes ad pand. libros. Jenae 1675..1680., dann unter dem Titel: praxis iur. rom. in foro german. 1698. 1713; zuletzt Frcfurt. 1733. 6) G. A. Struvii Syntagma iur. civ. Frcf. et Lipsiae 1692..1701, 1738. 7) J. Voetii Comm. ad pand. Lugd. Bat. et Hagae com. 1698..1704. 2 voll. fol. ed. noviss. Halis 1776—1780, 6 tomi und index gen. 8⁰. 8) J. O. Westenberg principia iur. sec. ord. Dig. Harderov. 1712. Berol. 1823. 9) Ger. Noodt Comm. in 27 libros Dig. Lugd. Bat. 1716 etc.; auch in oper. omn. tom. II. Lugd. Bat. 1724. 10) Sam. Strykii Usus modernus pandectarum. 1690. etc. 1746. 11) R. J. Pothier Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae. Paris 1748 fg., 1818 fg., italienisch Venedig 1841 fg. 12) J. A. Hellfeld jurisprud. forensis. Jen. 1764. 13) Ch. F. v. Glück Ausführl. Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlangen 1790..1830. (34 Theile ohne die Register), fortges. von Ch. F. Mühlenbruch 1832..1843. Thl. 35..43; weiter fortgesetzt von E. Fein 1851 fg. Th. 44. 45., dann von K. L. Arndts Th. 46..48. 1868..78., und vorgreiflich zu Buch 37. 38. von Leist 5 Th. 1870..79., zu B. 39. 40. von Burckhard 3 Th. 1871..81. — Dazu C. F. v. Reinhardt Ergänzungen zu Glück's Erläuter. 4 Bde. 1833..1840. 14) J. E. Malblanc principia iur. rom. Tub. 1801. 1802.

## §. 18.

Schon im 16. und 17. Jahrhundert wurden auch einzelne Versuche gemacht, das Civilrecht nach einer eigenen an die Quellen sich nicht bindenden Ordnung systematisch darzustellen[1]. In der neuern Zeit, seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, ist diese Methode, namentlich in Deutschland, die herrschende geworden, und die Vorträge nach der Legalordnung sind außer Gebrauch gekommen. Abgesehen von einem so-

genannten allgemeinen Theil, schließen sich diese neueren systematischen Anordnungen theils dem römischen Institutionensystem an, wie man dasselbe aufzufassen pflegte[2], jedoch nicht ohne mehr oder minder erhebliche Abweichungen[3], zum Theil aber sagen sie sich ganz davon los[4].

Anm. [1] Dahin gehören: a) Fr. Connani comment. iur. civ. libri X. Paris 1553. Neap. 1724. b) Hug. Donelli comment. iur. civ. libri I..XI. Frcf. 1589. 90., vollständig in 28 Büchern nach des Verfassers Tode herausgegeben von Scipio Gentilis 1595..1597. u. Hannoviae 1612. 1626. fol., neuerdings von J. K. König und C. Bucher in 16 Bdn. 8. Norimbergae 1801..1834. c) H. Vulteji iurisprud. rom. lib. II. Marb. 1590. 1748. d) J. Domat Les loix civiles dans leur ordre naturel. Paris 1689 fg.

[2] Ueber das System der Institutionen vgl. vorzüglich Böcking a. a. O. Anh. VI. und dessen Anhang zu der Ausg. des Gaius im Bonner corpus iuris anteiust., so wie zu der besonderen (fünften) Ausgabe desselben (Lipsiae 1866).

[3] Dahin gehört a) schon J. H. de Berger oeconomia iuris ad usum hodiernum accommodata. Lips. 1712. etc. neueste Ausgabe von Haubold 1801. b) C. C. Hofacker princip. iur. civ. rom. germ. tom. 1. Tub. 1788. tom. 2. 3 cura Gmelin. 1794. 98., ed. 2. 1800..1803. c) G. Hugo Institutionen (Lehrbuch) des heut. R.R. 2. Ausg. 1798. 7. Ausg. 1827. d) A. F. J. Thibaut System des Pandektenrechts. 1803. 7. Ausg. 1827. e) F. Mackeldey Lehrbuch des heut. R. R. 1814. 6. Ausg. 1825. f) Ch. F. Mühlenbruch doctrina pandectarum. 1823. ed. 2. 1826. 27. g) K. A. von Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen (ein Grundriß mit Quellen-Chrestomatie, werthvoll durch viele ausführliche Anmerkungen, die vorzüglich Controversen besprechen). 1839 fg. 3 Bde. Sechste vermehrte und verbesserte Auflage mit dem Titel: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1..3. 1851 bis 1856. Siebente verm. und verb. Aufl. 1863..1869. — Ein nach diesem System geordnetes Examinatorium mit einer Uebersicht der civilistischen Controversen gewährt R. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, ein Handbuch für Praktiker. Bd. 1. Lpz. 1843. Bd. 2. in 2 Abth. 1845. 1847. 3. Ausg. von Kuntze in 3 Bdn. 1863. 64. — Das Institutionensystem (mit der Dreitheilung „Personen, Sachen, Handlungen") legt auch zum Grunde A. Brinz Lehrb. der Pandekten, aber nach eigenthümlicher Auffassung und in der Ausführung sowohl von den Institutionen selbst, als von den oben genannten Werken wesentlich abweichend; begonnen 1857, vollendet 1871; von einer zweiten wesentlich veränderten Ausgabe erschien 1873 fg. der erste Band, [1879 des 2. Bandes erste, 1882 des 2. Bandes 2. Abtheilung].

[4] Dahin gehört a) L. G. Madihn principia iuris rom. Frcf. 1786, 1791. b) G. Hugo Lehrb. 1. Ausg. 1789. Die in diesem Lehrbuch aufgestellte Anordnung wurde weiter ausgeführt c) von A. Heise in seinem Grundriß eines Systems des gem. Civilrechts. 1807. und öfter; und nach diesem Grundrisse bearbeitete J. N. v. Wening-Ingenheim sein Lehrb. des gem. Civilrechts. 3 Bde. 1822..25. 5. Ausg. von Fritz 1837. 38., dazu Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen von Fritz, 1833..39. Dieselbe Ordnung in den Haupttheilen (allgemeine Lehren, Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht, Erbrecht) befolgen: d) A. Schweppe das römische Privatr. in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. 1814., vierte als Handbuch bearbeitete Ausg. 1828..33. 5 Bde., die drei letzten herausgegeben von Mejer. e) Mackeldey's Lehr-

buch von der 7. Ausgabe (1827) an, die 11. und 12. Ausgabe besorgt durch Roßhirt 1838. 1843, die 13. und 14. besorgt durch Fritz 1851. 1862. f) Mühlenbruch's doctrina pandectarum, von der 3. Ausgabe (1830) an, sowie das darnach bearbeitete deutsche Lehrb. des Pandektenrechts von demselben (1835 fg.), 3 Bde., vierte Ausgabe von Madai 1844. g) J. A. Seuffert's prakt. Pandekt.R. 3 Bde., 1824., 4. Aufl. v. E. A. Seuffert. 1860... 72. h) Haimberger ius rom. privatum idque purum, Leopoli 1829. 1830. IV tomi, deutsch Wien 1835. i) J. F. L. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgeg. von Erxleben. 1838..40. 3 Bde. in 5 Abtheil. k) C. F. F. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht. 3 Bde. 1844..51., 3. Ausg. 1868. 69. — Ferner gehören dahin: l) Thibaut System in der 8. Ausg. 1834. 2 Bde., 9. Ausg. von A. v. Buchholtz 1846. m) G. F. Puchta Lehrb. d. Pandekten. 1838. fünfte Auflage von Rudorff 1850., 12. Aufl. 1877 von Schirmer. Dazu des Vf. Vorlesungen. 2 Bde. 1847..48., 5. Aufl. 1862. 1863. n) J. F. Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts. Bd. 1. 1839. o) C. F. Roßhirt gem. deutsches Civilrecht. 1840. 41. p) K. Esmarch Grundsätze des Pandektenrechtes. 1860. q) Pandekten. Vorlesungen v. F. L. v. Keller. Aus dem Nachlasse des Verfassers herausgeg. v. E. Friedberg. 1861. 2. Ausg. von Lewis 1866. r) B. Windscheid Lehrb. des Pandektenrechts. Bd. 1. 2. 1862..66. 4. Aufl. 1875. Bd. 3. 1870. 4. Aufl. 1878. [Band 1. 2. 3. in 5. Aufl. 1879.] s) J. Baron Pandekten. 1872. [3. Aufl. (Unter Berücksicht. der Civilgesetzgebung des neuen deutschen Reiches.) 1879. 4. Aufl. 1882. t) Żródłowski das Röm. Privatrecht. Bisher Bd. 1. Prag. 1877. Bd. 2. 1880. u) C. G. v. Wächter Pandekten, hgg. v. O. v. Wächter. I. Leipz. 1880. II. 1881.] Besonders hervorzuheben ist endlich v) F. C. v. Savigny System des heutigen R. Rts. 8 Bde., die allgemeinen Lehren enthaltend, 1840..49. Register v. Heuser. 1851. (56.) Die übrigen Lehren beabsichtigte der Verfasser in einer Reihe von Monographien abzuhandeln, und zwar zunächst das Obligationenrecht, wovon jedoch nur 2 Bde. erschienen sind (§. 201. Anm. 1.). — [w) Serafini s. hier im Vorwort. x) Ch. Maynz Cours de droit romain. 3 Bde. 4. Aufl. 1876, gleichsam eine Verbindung von Instit. und Pand.] Unter vielen Grundrissen sind außer dem Heiseschen namentlich hervorzuheben: α) Fr. Blume Grundriß des Pandektenrechts, Halle 1829, mit einem Quellenregister, 2. Ausg. Bonn 1844. β) Ed. Böcking Pandekten, ein Lehrbuch des gemeinen, auf das römische Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse, fünfte umgearbeitete Aufl. 1861. (schätzbar durch sehr reiche Quellen- und Literatur-Angaben und durch viele treffende Bemerkungen und Andeutungen). In naher Beziehung zu dem letzten Buche stehen desselben Verfassers: Pandekten des röm. Privatrechts oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, auch mit dem Titel: Einleitung in die Pandekten des gemeinen d. Civilrechts, Bd. 1. zweite Aufl. Bonn 1853. Bd. 2. erste Lieferung Leipzig 1855. Das römische Privatrecht wird hier historisch vom ältern Recht ausgehend bis zu Justinian dargestellt (unvollendet). Aehnlich darin, aber zum heutigen Recht fortschreitend ist das Buch von Fr. H. Vering: Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts. Mainz 1875. (als 4. Aufl. eines früher in 3. Aufl. unter dem Titel: Geschichte und Institutionen des röm. Privatr. erschienenen kürzeren Buches). Für das ältere R. Recht der klassischen Juristen ist beachtenswerth: Marcus Antistius Labeo von A. Pernice. Bd. 1. 1873. [Bd. 2. 1878.]

[5] Von den genannten Werken beschränken sich manche auf das rein römische Recht ohne Rücksicht auf seine heutige Geltung (so Anm. 4. h. t.), während andere über

das Pandektenrecht nach dem in §. 1. gegebenen Begriffe hinausgehen, indem sie das heutige Privatrecht auch, so weit es nicht vorzugsweise auf römischem Recht beruht, in ihren Kreis ziehen; so z. B. Anm. 3. a. b. Anm. 4. o. Ferner A. Ch. J. Schmid Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Besonderer Thl. Bd. 1. 2. 1847. 48., und jetzt Roth System des deutschen Privatrechts, wo „was bisher getrennt als römisches (gemeines) Recht, deutsches Privatrecht und Landesrecht dargestellt wurde, einheitlich zusammengefaßt werden soll." Bisher Bd. 1. Tübingen 1880. Bd. 2. 1881. — Wegen ihrer beständigen Anknüpfung an das gemeine Recht sind auch zur Literatur des Pandektenrechts zu nennen: C. G. Wächter Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts. 1839. 1842. (leider nur 2 Bde.): 1) Geschichte, Quellen und Literatur des württemb. Privatrechts, 2) Allgemeine Lehren, und dazu: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrecht. Heft 1 .. 3. Stuttgart 1845. 1846. J. Unger System des österr. allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 2. (Allgemeiner Theil), 1856. 1859. 4. unveränd. Aufl. 1876. Bd. 6. (Erbrecht) 1864. 2. Aufl. 1871. Dernburg Lehrb. d. preuß. Privatrechts. 1871 fg. 3 Bde. [die zweite Aufl. 1879 fg. behandelt auch die Privatrechtsnormen des Reichs, ebenso die dritte, 1881 fg.] Paul Roth bayrisches Civilrecht in 3 Theilen 1871 .. 75. [Zweite gänzlich umgearbeitete Aufl. Theil 1. Tübingen 1881.] [Alle vier Werke von eminenter wissenschaftlicher Bedeutung; verdienstlich ist auch] F. Förster Theorie und Praxis des heut. gemeinen preuß. Privatrechts auf Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. 3 Bde. 1865 .. 68. 4. Aufl. [hgg. v. Eccius 1881 fg.]

[6] Die in §. 17. 18. genannten Lehr- und Handbücher werden in der Folge der Kürze wegen nur durch Angabe des Namens der Verfasser bezeichnet werden; die beiden unter 4. β. angeführten Werke werden unterschieden als Böcking's Pand. und Inst., [die beiden Werke von Roth als System und Civilr., das Werk von Wächter unter 5. wird citirt: Wächter Württ. Pr. R.]

## §. 19.

Sehr reichhaltig ist die civilistische Literatur an Bearbeitungen einzelner Rechtslehren und Erörterungen über einzelne Fragen. Diese werden, so weit es für den Zweck dieses Lehrbuchs angemessen scheint, gelegentlich angeführt werden. Es gibt aber auch manche Werke, welche eine Sammlung von verschiedenartigen Schriften und Abhandlungen über verschiedene Gegenstände enthalten, theils von denselben, theils von verschiedenen Verfassern.

Anm. Wir erwähnen unter andern:

1) gesammelte Werke: Cuiacii opera (§. 16. A. 2.). Duareni opera Frcf. 1592. 1707. Donelli op. Luccae 1762 .. 70. Ausg. von König u. Bucher 1801—34, 16 Bde. 8. Augustini ibid. 1765 .. 74. Noodtii Lugd. Bat. 1767. Bynkershoekii ibid. 1766. Brissonii opera minora Lugd. Bat. 1747. Jac. Gothofredi ibid. 1733. Heineccii Genev. 1765 .. 79. eiusdem sylloge opusc. Halis 1735. Conradi opusc. Brem. 1777. scripta minora Hal. 1823. Schultingii comment. acad. Hal. 1770 .. 74. Hauboldi opusc. Lips. 1825. 29. Bieneri

opusc. 1830. Wenckii 1834. Savigny vermischte Schriften, 5 Bde. Berlin 1850. Puchta kleine civilistische Schriften, herausgegeben von Rudorff. Leipzig 1852. Arndts gesammelte civilistische Schriften, 3 Bde. 1873. 1874., wovon Bd. 1 und 2 namentlich zum Pandektenrecht gehören, cit. „civ. Schr.“ [Ihering Gesammelte Aufs. aus d. Jahrb. f. Dogmatik d. h. röm. u. deutsch. Pr.R. Bisher Bd. I. 1881. Bd. II. 1882. Bruns Kleinere Schriften. Bd. 1. 2. 1882. Kohler Ges. Abhandl. aus dem gem. u. franz. Civ. R. 3 Abtheilungen. 1883.]

2) Vermischte Abhandlungen, von demselben Verf. herausgeg.: A. Faber de error. pragmaticorum et interpretum. Lugd. 1598. 1658. Hertii comment. et opusc. Frcf. 1716. J. H. Böhmer exercitat. ad pand. Götting. et Hannov. 1745 . . 64. G. L. Böhmer electa iur. civ. Gött. 1767 . . 78. (Gebrüder Overbeck) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 11 Bde. 1796 . . 1807. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1798. 1801. (2. Ausg. 1817.) Desselben civ. Abhandl. 1814. Feuerbach civ. Versuche. 1803. Schöman Handb. des Civilrts. 1806. Schrader Abh. aus dem Civilrt. 1808. Civ. Abhandl. 1816. Unterholzner jur. Abh. 1810. Dirksen civ. Abh. 1820. Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Unters. 1821. Francke civ. Abh. 1826. Beiträge zur Erläuterung einz. Rechtsmaterien. 1828. Heise und Cropp Jur. Abh. 1827. 30. Huschke Studien des R. Rts. Bd. 1. 1830. Buchholtz Versuche. 1831., jur. Abh. 1833. Büchel civilrtl. Erörtr. 1832 . . 39. Müller civ. Abh. 1833. W. Sell Versuche. 1833. 34. Arndts Beiträge. 1837. Madai Beiträge zur Dogmengeschichte. 1839. von der Pfordten Abh. 1840. Heyer Abh. 1841. Schmidt (von Ilmenau) Abh. 1841. Ihering Abh. 1844. [Vermischte Schriften jurist. Inhalts. 1879.] Ortloff, Heimbach, Schüler und Guyet jur. Abh. und Rechtsfälle. 1. Bd. 1847. 2. Bd. 1857. Bachofen ausgewählte Lehren des Civilrts. 1848. Dernburg Abh. 1849. Scheurl Beiträge. Bd. 1. 2. 1853. 1855. 1871. Leist civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. Heft 1 . . 3. 1854 . . 1859. Heft 4. 1877. Demelius Unters. Bd. 1. 1856. [R. Römer Abhandlungen aus dem R.R., dem Handels- und Wechselrecht. 1. Heft. 1877. M. Cohn Beiträge z. Bearbeitung d. Röm. R. Heft 1. 1878. Heft 2. 1880. Baron Abhandlungen aus dem Röm. Civilproceß. I. 1881. II. 1882.]

3) Sammlungen von Abhandlungen verschiedener Verfasser: a) Tractatus universi iuris (sog. tractatus tractatuum) Venet. 1584 fg. 23 Bde. Fol. b) Ottonis thesaurus iur. rom. Lugd. Bat. 1725 . . 29. 4 voll. Traiecti 1733 . . 35. 5 voll. c) F. Heineccii iurisprud. rom. et attica. Lugd. Bat. 1738 . . 41. 3 voll. d) Meermanni nov. thes. iur. Hagae Com. 1751 . . 53. 7 tom. fol. (supplem. 1780.) e) Oelrichs thesaur. dissertat. iurid. in acad. Belg. hab. Lips. 1769. 70. 2 voll. in 6 tom. Novus thes. Brem. 1771 . . 82. 3 voll. in 6 tom. f) Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, bearbeitet von Arndts, Beck u. s. w., redigirt von Weiske, 15 Bde. Lpzg. 1839 . . 1861; dazu ein Repertorium 1862. Dieses Werk wird allegirt mit: Rtslex. g) Sammlung von Abh. der Mitglieder der Juristenfacultät zu Leipzig. 1869 fg.

4) Zeitschriften, welche Abhandlungen verschiedener Verfasser aufgenommen: a) Hagemann und Günther Archiv für theoretische und praktische Rtsgelehrsamkeit. Braunschweig 1788 . . 92. 6 Bde. b) Hugo civ. Magazin. Berlin 1791 . . 1837. 6 Bde. c) Grolman (und Löhr) Magazin f. Philos. u. Gesch. des Rechts und der Gesetzgebung (für Rtsw. u. Gstzgbg.) Gießen 1800 . . 1807. 1820 . . 25. 1844. (allegirt

mit: Löhr's Mag.) d) Savigny, Eichhorn und Göschen (später Klenze, dann Rudorff) Zeitschrift für geschichtliche Rtsw. Berlin 1815 .. 1850. 15 Bde. e) Archiv für civilistische Praxis, herausgeg. von Gensler, Mittermaier und Schweizer, dann von verschiedenen Anderen, Heidelb. 1814 .. 1867. 50 Bde.; Inhaltsverzeichniß dazu 1868; neue Folge seit 1868. Bd. 1 .. 17. Heft 1. oder Bd. 51 .. 67. Heft 1. [von Bd. 62 hgg. v. Bülow, Degenkolb, Franklin und Mandry] (allegirt mit: civ. Arch.). f) Zeitschr. für Civilrt. und Proceß, von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim (nachher Schröter und Schulte) Gießen 1827 .. 1844. 20 Bde. (allegirt: Linde's Zeitschr.), neue Folge 1845 .. 65. 22 Bde. (vom 16. Bd. an von Linde und Schulte, allegirt: Linde's Zeitschr. n. F.) g) Rheinisches Museum für Jurisprudenz, zuerst von Hasse, dann von Blume u. a. Bonn 1827 .. 29. Gött. 1833 .. 35. 7 Bde. (allegirt: Rh. Mus.) h) Themis, Ztschr. für praktische Rtsw., herausgeg. von Elvers. Göttingen 1827 .. 30. 2 Bde. neue Folge Bd. 1. 1838 bis 1841. i) Zeitschr. für Civil- und Kriminalrecht von Roßhirt (und Warnkönig). Heidelberg 1831. fg. 6 Bde. k) Jahrb. für historische und dogmatische Bearbeitung des röm. Rts., von K. und W. Sell. Braunschweig 1841 fg., 3 Bde. l) Archiv für praktische Rtsw. herausgeg. von Schäffer, Seitz und Hoffmann, später von Anderen, Bd. 1. Regensburg 1852 .. 53. Bd. 2 .. 10. Marburg (Darmstadt) und Leipzig 1854 .. 1863. (allegirt: prakt. Arch.), neue Folge seit 1864, bisher 11 Bde. (allegirt: prakt. Arch. n. F.) [von einer dritten Folge, hgg. v. Becker, Buchner, Heinzerling, Hoffmann, Martin und Weber erschien seit 1880 Band 1 u. 2 (der neuen Folge 12. und 13. Bd.) Register zur ersten Folge und Bd. 1 .. 10 der n. F. von Cellarius 1876.] m) Jahrbücher für d. Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts von Gerber und Ihering, dann von Ihering und Unger, Jena 1857 fg.; bisher Bd. 1 .. 22. Heft 1. 2. [Bd. 13 = N. F. Bd. 1.] (allegirt: dogm. Jahrb.) n) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther, dann auch Stobbe, Leipz. 1857 .. 1863. 6 Bde. (allegirt: Bekker's Jahrb.) o) Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft, mit besonderer Rücksicht auf das österreichische Kaiserreich, von Haimerl, 1850 .. 1857, 16 Bde. [Bd. 15 = N. F. Bd. 1.] statt dessen 1858 .. 1866: Oesterreichische Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, 18 Bde. p) Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgeg. von Rudorff u. a. Weimar 1861 fg., 13 Bde. [Wird seit 1880 fortgesetzt unter dem Titel: Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte hgg. v. Bruns, Roth, (Bekker), Böhlau, Pernice. Bisher Bd. 1. bis Band 4. (= Band 14 .. 17.)] q) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht von Goldschmidt u. a. Erlangen 1858 fg., bisher 29 Bde. [Bd. 16 = N. F. Bd. 1.] r) Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, Wien 1874 fg., bisher Bd. 1 .. 11. Heft 1. 2. (allegirt: Wiener Ztschr.) s) Archivio giuridico di Pietro Ellero, vom 3. Bde. an redigirt von Filippo Serafini, Bologna, dann Pisa 1868 fg., bisher 31 voll. [t) Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft, hgg. v. Bernhöft, G. Cohn (und, seit Bd. 3. J. Kohler), Stuttgart 1878 fg., bisher Band 1 .. 5. Heft 1. u) Magazin f. d. deutsche Recht der Gegenwart, herausgeg. v. Böbiker, Hannover 1881, bisher Bd. 1 .. 3.]

5) Sammlungen von praktischen Erörterungen: Fabri codex definitionum forensium .. in Sabaudiae senatu tractat. (sog. Codex Fabrianus). Gen. 1605. [Lips. 1706.] Valteji consilia et responsa facult. iurid. Marpurg. 1611 fg. Carpzow iurisprud. forensis romano-saxonica. 1638. responsa 1642. decisiones 1646 fg. Mevii

decisiones Wismariensis tribunalis. 1664 fg. Harpprecht consilia Tubingensia. 1695 fg. Wernher selectae observationes forenses. 1710 fg. J. H. Böhmer consultationes et decis. 1733 fg. Pufendorf observ. iur. univ., quibus praecipue res iudicatae summi tribunalis (in Celle) continentur. 1744 fg. Strube rechtliche Bedenken. 5 Bände. Hannov. 1761 fg., neue Ausg. in 3 Bdn. mit veränderter Ordnung von Spangenberg 1827 fg. Pütter auserlesene Rechtsfälle 1763 fg. Hommel rhapsodia quaestionum in foro obvenientium. 1765 fg. Kind quaestiones forenses, observ. ac decis. saxon. supr. tribun. illustr. 1702 fg. Bülow und Hagemann, später Spangenberg prakt. Erörterungen mit Urtheilssprüchen des Zelle'schen Tribunals u. s. w. 1798 fg. 1829. 1831. 1837. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 1799 fg. Gottschalk selecta disceptat. forens. capita. Additae decis. saxon. supr. tribun. 1816 fg. 2. Aufl. 1826 fg. (Ackermann Rechtsfälle mit Erkenntnissen des OAG. zu Dresden. 1850 fg.) Collectio notab. decis. supremi tribun. Hasso-Casselani. 1768 . . 1821, Bd. 13 u. fg., herausgeg. von Pfeiffer, unter besonderm Titel: Pfeiffer praktische Ausführungen mit Erkenntnissen des OAG. zu Cassel 1825 fg. Strippelmann neue Samml. bemerkensw. Entscheid. desselben OAG. 1842 fg., von der Nahmer Sammlung der merkw. Entscheidungen des Nassauischen OAG. 1824 fg., fortgesetzt von Flach 1842 fg. Arends Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayer. Civilrecht und Civilproceß. 1845 fg. (Seuffert Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern. 1836 fg.) Ein vorzüglich brauchbares Repertorium für die Praxis der Gegenwart ist: Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland. München 1847 fg. nebst Registern über je 5 Bde. [Generalregister über Bd. 1 . . 20. von J. Bremer 1870.] Bd. 16 fg. von Preußer 1863 fg.; [Bd. 35 fg. von Schütt 1880 fg.] neuer Abdruck in gr. 8⁰. 1866 fg. [Mit Bd. 31 begann eine N. F.] — Vergl. auch Busch die Stimme der Praxis. Erlangen 1862 (citirt: Busch). [S. H. Sonnenschmidt Prakt. Erört. aus den Gebieten des preuß. und gem. Civ. und Proc.R. 1875. Neue prakt. Erört. u. s. w. 1877. Entscheidungen d. Reichsgerichts. Hgg. v. d. Mitgliedern des Gerichtshofs. Entsch. in Civilsachen. Bisher 9 Bde. Blum (und Braun) Annalen des Reichsgerichts. Leipzig 1880 fg., bisher Bd. 1 . . 8. Archiv f. civilr. Entsch. des Reichsgerichts. Für die gemeinrechtlichen Gebiete Deutschlands hgg. v. G. Fenner u. H. Mecke. Berlin 1880 fg., bisher 3 Bde. Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichtes, besprochen v. Rocholl. Breslau 1881 . . 1883. Bisher Band 1. Harnier die gemeinr. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Stuttg. 1881. Bähr Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen 1883.]

6) Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen, zum akademischen Gebrauch von R. Jhering, 4. Aufl. Jena 1881. — Rechtsfälle zu Puchta's Pandekten für den akademischen Gebrauch zusammengestellt von Girtanner, Jena 1852. 4. Aufl. besorgt von W. Langenbeck 1869. — Pandekten-Praktikum von Pagenstecher, Heidelberg 1860. — Vgl. auch: Pandekten-Praktikum oder Chrestomathie aller in besondern Beispielen und Rechtsfällen des corp. iur. civ. aufgestellten und entschiedenen Rechtsfragen von A. Eckart, Heidelberg 1853. [A. Heß Achtzehn Civilrechtsfälle mit Entscheidungen nach R. R. Coburg 1874. Civilrechtsfälle für den akad. Gebrauch. Heft 1. München 1881.]

7) Controversensammlungen: a) Lüder-Mencke gymnasium polemicum iuris. 1689 fg. b) Rivinus systema iurisprud. polem. 1753. c) Walch

introductio in controversias iur. civ. 1771. 1810. d) Matthiä Controversen-Lexikon des röm. Civilrechts, 2 Bde., Leipz. 1856 .. 1859. Vgl. auch oben §. 16. Anm. 1. §. 17. Anm. Nr. 4. §. 18. Anm. 3.

8) Kritische Zeitschr. für Rtsw.: a) Kritisches Archiv der juridischen Literatur von Danz, Gmelin und Tafinger, später Gönner. Tübingen 1801 fg. 6 Bde. b) Krit. Ztschr. für Rtsw. von Mohl, Rogge, Scheurlen, Schrader und Wächter. Tübingen 1826 fg. 6 Bde. c) Jahrbücher der jur. Litt., herausgegeben von Schunck. Erlangen 1826 fg. 30 Bde. (von Bd. 18. N. F.) d) Kritische Jahrb. für deutsche Rtsw. von Richter, dann auch Schneider, zuletzt allein von diesem. Leipzig 1837 .. 1848. 12 Jahrg. 24 Bde. (allegirt: krit. Jahrb.) e) Kritische Zeitschr. für die gesammte Rtsw. herausgeg. von Brinckmann, Dernburg u. a. Heidelberg 1852 .. 1859. 5 Bde. f) Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rtsw., herausgegeben von Arndts, Bluntschli und Pözl, München 1853 bis 1859. 6 Bde. (allegirt: krit. Ueberschau.) g) Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzg. und Rtsw. gegenwärtig herausgeg. von Brinz und Pözl [von Bd. 23. Heft 2. an von Brinz und M. Seydel] München 1859 fg., bisher Bd. 1 .. 26. Heft 1. [mit Bd. 20 begann eine N. F.] (allegirt: krit. Vjschr.) h) Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, herausgeg. von Schletter. 1855 .. 73. 14 Bde. [i) Centralblatt für Rechtswissenschaft, hgg. v. Kirchenheim. Stuttg. 1882 fg., bisher Bd. 1 .. 3. Heft 1 .. 4.]

## §. 20.

Vollständigere literarische Angaben findet man in verschiedenen literarhistorischen und bibliographischen Werken, namentlich: H. J. O. König Lehrbuch der jur. Literatur. 2 Thle. Halle 1785. M. Lipenii biblioth. realis iuridica, post Struvii et Jenichenii curas multis accessionibus aucta. Lipsiae 1757. 2 voll. fol. mit den Suppl. von Schott 1775. Senckenberg 1789. Madihn 1816. 1832. B. G. Struvii biblioth. iuris selecta ed. 8. cura Buderi. Jen. 1756. E. Ch. Westphal system. Anl. z. Kenntniß der besten Bücher in der Rechtsgelahrtheit. 3. Aufl. v. J. S. Gruber. Leipz. 1791. Haubold institutiones iur. rom. litt. tom. I. Lipsiae 1809. ed. 2. 1826. Ersch Literatur der Jurispr. und Politik. Ausg. von Koppe. Leipzig 1823. Schletter Handb. d. jur. u. staatsw. Literatur. Grimma 1843. 2. wohlfeile Ausgabe 1851. — Engelmann (früher Enslin) Bibl. jurid. Leipzig 1840. [Suppl. Heft 1849. Fortsetzung von Wuttig 1868. Deßgleichen von L. Roßberg 1877.] — Schröter repertorium iur. consultatorium 1793. 94. 2. tom. fol. Rössig Repertorium der in den seit 1790 erschienenen praktisch. jur. Sammlungen befindlichen Aufsätze und Fälle. Leipzig 1802. Sickel Repertorium über die 1802 .. 1834 erschienenen Sammlungen jur. Aufsätze und rechtlicher Entscheidungen. Leipzig 1835. 2 Bde. Kappler jur. Promtuarium ... über alle in den Jahren 1800 .. 1835 (37) erschienenen Abhandlungen ..., welche in den verschiedenen ...

Zeitschriften . . . zerstreut vorkommen (mit Ausschluß des Criminalrechts). Stuttg. 1835. 2. verm. Aufl. 1837. Walther Handlexikon der jurist. Literatur des 19. Jahrhunderts. Weimar 1854. [Hildebrandt's Bibliographie der Staats- und Rechtswissenschaften. 1. Bd. V. d. Gründung des deutschen Kaiserreiches bis September 1876. Leipz. 1877.] — Vgl. auch (Vogel) Lexicon litteraturae academico-iuridicae in libraria Gœthiana (Weigeliana) venalium. Lipsiae 1838. 2 tom. 2. Aufl. 1841.

# Erstes Buch.

# Von den Rechten im Allgemeinen.

---

## Erstes Capitel.

## Begriff und Eintheilung der Rechte.

### §. 21.

### I. Begriff des Rechts.

Ein Recht (im subjectiven Sinn) ist eine durch das Recht (im objectiven Sinn) einer Person Anderen gegenüber gewährte Willensmacht bestimmten Inhalts[1]. Jedem Rechte entspricht eine Rechtspflicht anderer Personen, wenn nicht eine besondere positive einer bestimmten andern Person, doch wenigstens eine allgemeine negative Rechtspflicht aller Andern[2].

Anm. [1] Windscheid (5. Aufl.) §. 37. „Recht . . . ist eine von der Rechtsordnung . . . verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft concreten Inhalts." — Die Auffassung des Rechts als einer Willensherrschaft ist angefochten von Fitting die Natur der Correalobligationen S. 28. A. 31, [von Bekker Ztschr. für vergleichende R.W. II. S. 16 (vgl. ebd. I. 3) zwar acceptirt, doch nicht als eine von der Rechtsordnung verliehene, sondern nur von ihr anerkannte und geschützte], und durchaus verworfen von Ihering Geist des R. R. III. §. 60. 61. [vgl. der Zweck im Recht. 1877. I. S. 434. 499. (und über dieses Werk: Dahn die Vernunft im Recht, 1879, A. Thon der Rechtsbegriff in d. Wiener Zeitschr. VII. 5. S. 231 fg., Kühnast in den Beitr. z. Erläut. d. deutsch. R. XXIV. S. 1 fg. 153 fg., Bahnsen in d. Zeitschr. f. vergl. R.W. III. S. 17 fg.)], welcher die Rechte definirt als „rechtlich geschützte Interessen". [Seither ist die herrschende Lehre vielfach angegriffen. S. z. B. Bürkel krit. Vjschr. XI. S. 198 fg., Binding die Normen und ihre Uebertretung I. S. 154 fg., II. S. 50 fg., Schloßmann der Vertrag §. 32, und bes. A. Thon Rechtsnorm und subj. Recht. S. 218, vgl. S. 133 fg. 223. 342 (drbr.: A. Merkel in d. Wiener Zeitschr. VI. S. 367 fg., Hölder in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXIV. S. 593 fg., Binding krit. Vjschr. XXI. S. 542 fg.), Schey in d. Wiener Zeitschr. VII. S. 756 fg., Zródłowski II. S. 160 fg. Vgl. auch Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen §. 1; jetzt aber auch dens. in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 168. Note 27. Plósz Beitr. z. Theorie d. Klagerte. 1880. S. 47 fg., R. Leonhard in d. Wiener Zeitschr. X. 1. S. 17 fg., Bierling z. Kritik der jur. Grundbegriffe II. S. 39 fg.

49 fg. H. Dunker die Besitzklage u. d. Besitz 1884. S. 145 fg., 260 fg.] Dagegen aber Windscheid (5. Aufl.) §. 37. A. 2. 3. [Erzwingbarkeit der Privatrechtsordnung und des concreten Privatrechts: Schultze Privatrecht und Proceß I. S. 50 fg.] — Angefochten ist auch die begriffliche Beziehung des Rechts auf eine Person als Subject desselben; in neuester Zeit nehmen manche auch subjectlose Rechte an, mit Köppen die Erbschaft §. 1. vgl. Windscheid §. 49. A. 3., entgegen dem bisherigen Begriff und Sprachgebrauch, wornach zu einem Recht, das besteht, ein Subject, dem es zusteht, gedacht wird. Vgl. übrigens Brinz 2. Aufl. §. 64 fg., auch Neuner Wesen und Arten der Rechtsverhältnisse S. 109 fg. und unten §. 41. §. 57. A. 2. [Wächter I. §. 33. S. 168 fg., Bierling a. a. O. S. 92 fg. — J. Ebbecke Berechtigung und äußere Befugniß nach preuß. und gem. R. 1884.]

[2] Hiernach unterscheidet man absolute und relative Rechte. Vgl. aber Neuner a. a. O. S. 15. 152. [Thon a. a. O. S. 157 fg. 207 fg.] und dagegen Windscheid §. 43. A. 8. [Bierling S. 179 fg.] — Sprachlich unrichtig ist der Satz: ius und obligatio seien Correlata.

[3] Ein wirkliches Recht muß ein gegenwärtiges sein (ius praesens); in welchem Sinn man dennoch von einem zukünftigen Rechte reden kann? darüber vgl. Böhmer Exercit. I. exerc. 5. [pag. 143 sqq.] Sintenis I. §. 12.

[4] Recht, Rechtsverhältniß, Rechtsinstitut. Vgl. Savigny I. §. 4. 5. Puchta §. 29. Unger I. §. 24. 58. Windscheid §. 37. Neuner a. a. O. S. 4 fg. Bürkel krit. Vjschr. XI. S. 191 fg. [Bierling S. 128 fg.]

[[5] Die L. v. Recht im obj. S. hat Arndts aus Gründen, die er in der Wiener Zeitschr. I. S. 486 darlegt, ausgeschlossen. S. über diese Lehre Brinz (2. Aufl.) I. §. 18 fg., Wächter Württ. Pr. R. II. §. 1 fg., Windscheid I. §. 14 fg., §. 27 fg. — Neben das Recht stellen manche die Billigkeit (aequitas), während andere „strenges und billiges Recht“ unterscheiden. Ueber das Wesen jener herrscht bei den Meisten gänzliche Unklarheit. Auszunehmen sind vor allen Thöl Einleitung in d. deutsche Pr. R. §. 40. (vgl. Puchta Pand. §. 21.) und Windscheid §. 28. — Eine principiell andere, wenn auch im Resultat vielfach übereinkommende, Auffassung haben Pfaff und Hofmann Comm. I. S. 206 fg. Recht und Billigkeit sind zwei selbständige Ideen. „Die B. ist die Idee des Maaßes in der sittlichen Welt.“ Die röm. „aequitas“ hat daneben aber auch noch eine andere Bedeutung (S. 210 f.). Literatur s. ebd. S. 206.]

## II. Eintheilung der Rechte.

### §. 22.

### 1) Nach ihrem Inhalt.[1]

Die einer Person vom Recht verliehene Willensmacht kann sich auf eine Sache, d. h. einen unpersönlichen körperlichen Gegenstand der Außenwelt, beziehen; daher Recht an einer Sache, Sachenrecht, unmittelbares Sachenrecht (ius in re). Dahin gehört vor Allem das Eigenthum, welches die allen andern Personen gegenüber geltend zu machende Herrschaft über eine Sache im Ganzen (in der Gesammtheit ihrer Beziehungen) zum Inhalt hat; sodann Rechte von beschränkterem Inhalt, kraft deren eine Sache nur in bestimmten (in einer oder mehreren einzelnen) Beziehungen

(partiell) dem Willen eines Andern als des Eigenthümers rechtlich unterworfen ist, Rechte an einer fremden Sache (iura in re aliena), welche ebenfalls als absolute Rechte allen Andern gegenüber geltend zu machen sind[1a]. Der Inhalt eines Rechts kann ferner darin bestehen, daß man eine Handlung oder Leistung eines bestimmten Andern, namentlich eine solche, mit welcher sich ein sachlicher Werth (Geldeswerth) verknüpft, zu fordern Macht hat. Rechte dieser Art heißen Forderungen, Forderungsrechte, Obligationen. Die beiden genannten Arten von Rechten fallen unter den gemeinschaftlichen Begriff von Vermögensrechten; die Rechtsverhältnisse, deren Kern sie bilden, heißen Vermögensverhältnisse. Bezüglich dieser aber besteht die Möglichkeit der Nachfolge in einen ganzen Inbegriff von Vermögensverhältnissen (Rechten und Verbindlichkeiten[2]), deren Subject bisher eine bestimmte andre Person war, namentlich ein Verstorbener, Erblasser. Indem man hier ein Vermögen im Gegensatz seiner Bestandtheile als einen selbständigen Gegenstand sich vorstellt, spricht man wohl auch von einem Recht an einem Vermögen als einer Gesammtheit (namentlich Erbrecht im subjectiven Sinn), aber dieses besteht in nichts anderem, als daß man überhaupt die Stelle des bisherigen Vermögens-Subjects einnimmt, also eben deshalb auch alle einzelnen demselben zugestandenen Vermögensrechte nun für sich behaupten kann[3]. Einen Gegensatz der Vermögensverhältnisse bilden die Familienverhältnisse, welche, in einer dauernden persönlichen Lebensbeziehung verschiedener Menschen zu einander bestehend, an sich mehr sittlicher als juristischer Natur, aber zugleich als juristisch wirksame Verhältnisse anerkannt und rechtlichen Bestimmungen unterliegend, eine eigene Klasse von Rechtsverhältnissen bilden, mit denen sich aber auch wieder eigenthümliche vermögensrechtliche Wirkungen verbinden[4]. Die angegebene Verschiedenheit der Rechte und Rechtsverhältnisse ist vorzüglich bestimmend für die systematische Anordnung der Privatrechtslehren, wobei jedoch stets der innere Zusammenhang der Rechtsinstitute zu beachten ist[5]. Mit Rücksicht darauf lassen sich, abgesehen von den allgemeinen Lehren (erstes Buch), folgende Haupttheile des Systems aufstellen:

1) die Lehre von den dinglichen (oder Sachen-) Rechten (zweites Buch),

2) von den Obligationen (drittes Buch),

3) von den Familienverhältnissen mit Inbegriff der an dieselben sich anknüpfenden besonderen Vermögensverhältnisse (viertes Buch),

4) von der Erbschaft (fünftes Buch).

Anm. [1] Vgl. Unterholzner Jur. Abh. S. 93 fg. Puchta im Rh. Mus. III. S. 289..308. (Kl. civ. Schriften Nr. XIV.) und gegen diesen Sintenis in Linde's Zeitschr. XIX. 2. Unger I. §. 59..61. C. Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel 1866; darüber Bürkel in d. krit. Vjschr. XI. S. 191..233, auch Windscheid §. 13. 38..42. [Kaerger Zwangsrechte. Ein Beitrag z. Systematisirung d. Rechte. Berlin 1882. (drbr. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 149 fg.) Bierling Kritik d. jur. Grundbegr. II. S. 169 fg. Sturm Grundprincip der neg. gestio 1882. S. 39.]

[[1a] Rechte an unmateriellen Gütern? Vgl. §. 24. A. 2. a. E. und Stobbe Handbuch III. Drittes Buch.]

[[2] Daß auch die Passiva zum Vermögen gehören, bestreitet lebhaft Birkmeyer über das Vermögen im jur. Sinne. Erlangen 1879, bes. S. 14. 129 fg., 181 fg., 199 fg., 255 fg., 278 fg. (drbr.: Mandry im civ. Arch. LXII. S. 361 fg., Pernice krit. Vjschr. XXII. S. 232 fg. Hölder Ztschr. f. Handelsr. XXIV. S. 609 fg.]

[3] Recht an einer in uns übergegangenen Person? Puchta im Rh. Mus. S. 302.. 305. Dagegen Sintenis a. a. O.

[4] Vgl. Savigny I. S. 331..410 mit Puchta Institut. I. §. 21 fg. Arndts Encyklopädie §. 48..68, auch Windscheid §. 41. A. 1, insbesondere gegen die Meinung, daß das Familienverhältniß an sich eigentliche Rechte (reine Familienrechte) nicht begründe, und gegen Brinz §. 22, welcher die Familienrechte aus dem Kreise der Privatrechte ausscheidet. Vgl. auch Brinz §. 245 fg. 2. Aufl. §. 34 fg. [Thon a. a. O. S. 189: „Das Familienrecht (ist), was stets (? vgl. z. B. Thibaut 8. Aufl. §. 63. Wächter Württemb. Pr.R. II. §. 45. N. 3. Unger I. S. 518. A. 27.) übersehen wird, soweit es den Schutz des Familienlebens nach außen übernimmt, gleich wie das Recht der Person und das dingliche Recht, absoluter Natur."]

[5] System der Rechte, der Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute? Vgl. Anm. 1. 3. und Schröter in d. krit. Jahrb. IV. [Jahrg.] S. 293. Arndts das. VII. S. 196 fg. X. S. 137..142. Böcking Inst. I. §. 29. Unger §. 24. Windscheid §. 13. A. 2. — Der von Puchta gemachte Versuch, das System wesentlich durch die Classifikation der Rechte nach ihrem Gegenstande (Personen, Sachen, Handlungen) zu bestimmen, hat in dem Herausgeber seiner Werke selbst einen strengen Kritiker gefunden: Rudorff's Anm. zu Puchta's Vorlesungen §. 46. §. 447. Vgl. übrigens noch oben §. 18. Anm. 3. 4.

[6] Ueber den Gegensatz von dinglichen Rechten (iura in re, in rem, realia) und persönlichen Rechten (iura in personam, personalia, ad rem) vgl. Thibaut Vers. II. 2. [Lenel Except. S. 10 fg., Schloßmann Vertrag S. 257 fg., Thon a. a. O. S. 170 fg. Ebbecke a. a. O. S. 16 fg.] Feuerbach Civ. Vers. I. 8. S. 193 fg. Duroi im civ. Arch. VI. 14. 18. (rect. 19.) und dagegen Puchta im Rh. Mus. I. S. 286 fg. Vangerow §. 113. Unger §. 61. [Wächter I. S. 178 fg. und unten §. 126. A. 1. 1a.]

## §. 23.

### 2) Nach ihrem Verhältniß zum Recht im objectiven Sinn.

Rechte gründen sich mittelbar auf eine Rechtsregel (§. 21), welche im Allgemeinen die thatsächlichen Voraussetzungen bestimmt, unter denen Rechte dieses oder jenen Inhalts entstehen. Es kann aber auch unmittelbar durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt ein Recht verliehen werden, das außerdem, nach der Regel des Rechts, nicht begründet

wäre. Ein solches Recht heißt Privilegium im engern Sinn*. Es entsteht lediglich durch die betreffende Verfügung der Staatsgewalt [1], deren Befugniß dazu durch das öffentliche Recht begründet ist [2]. Die Eintheilung der Privilegien in privilegia conventionalia und non conventionalia oder gratiosa, sodann in privilegia onerosa und gratuita, bezieht sich auf den Anlaß der Verleihung, nicht auf den juristischen Grund ihrer Entstehung [3]. Dem Privilegium ist in einer Beziehung verwandt das ius singulare, Privilegium im weitern Sinne [4] (beneficium iuris, Rechtswohlthat), d. h. ein Recht, welches sich auf eine Rechtsregel gründet, die aus besondern Rücksichten für gewisse Fälle eine Ausnahme von dem regelmäßig entscheidenden (gemeinen) Recht (ius commune) festgesetzt hat [5]. Sowohl Privilegien im weitern als im engern Sinn können eingetheilt werden in affirmative und negative, in privilegia *personae*, *rei* und *causae* [6].

Anm. [1] Constitutio personalis; L. 1. §. 2. D. de const. princip. 1. 4.; lex specialis? cf. L. 24. D. de statu hom. 1. 5. (§. 10. a. E.); privilegium im obj. S. (*favorabile* oder *odiosum*), Cic. de legib. III. 19. pro domo cap. 17. Gell. noct. att. X. 20. Cf. L. 17. §. 5. D. ad municip. 50. 1. „privilegium specialiter civitati datum." L. 6. Cod. de incol. 10. 40. (39.). „privilegio speciali". Const. *Summa* §. 4. „aliquod privilegium speciali beneficio". L. 38. pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6. „speciali beneficio". — Windscheid §. 135. 136.

[2] Der Satz des öffentlichen Rechts, welcher bestimmt, daß und wie Privilegien verliehen werden können, ist die Rechtsregel, auf welche sich mittelbar das Privilegium gründet, der Act der Verleihung ist es, wodurch das Recht unmittelbar entsteht. In der Regel ist es das Organ der gesetzgebenden Gewalt, von dem dieser Act ausgehen muß; es kann aber auch einem Organ, das sonst zur Gesetzgebung nicht berufen ist, die Befugniß dazu beigelegt sein.

[3] Vgl. überhaupt Schlayer Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechts, in Linde's Zeitschr. n. F. XII. 2., insbesondere über dingliche Gewerberechte Schmid im civ. Arch. XLIV. 1. 8. Brinz 2. Aufl. §. 69..72. [Pfaff und Hofmann Commentar I. S. 305..341. Die Gewerbeordnung f. d. nordd. Bund (Reichs-G.O.) v. 21. Juni 1869. §. 7..10 hat zahlreiche Zwangs- und Bannrechte und ausschließliche Gewerbeberechtigungen theils aufgehoben, theils für aufhebbar erklärt und verboten, daß sie ferner zur Entstehung gebracht werden. Mandry Reichsgesetze S. 394. (2. Aufl. S. 549 fg.)]

[4] L. 15. D. de subst. 28. 6. L. 17..24. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; sogar „speciale privilegium" in L. 17. Cod. de dignitat. 12. 1., „privatorum privilegiorum" in L. 4. Theod. Cod. de itin. mun. 15. 3. — Puchta §. 30. Windscheid §. 29. („regelwidriges Recht"). Brinz 2. Aufl. §. 25. „Normales und anomales Recht".

[5] Jus singulare im obj. S., i. e. quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. [Vgl. zu dieser Stelle Scharlach im civ. Arch. LXII. 13., der unter ius sing. nur „das durch die Römischen

* X. de privilegiis 5. 33. in 6to. 5. 7. Clem. 5. 7.

Juristen kraft ihres wissenschaftlichen Ansehens aus Utilitätsgründen gegen bestehende Rechtsvorschriften eingeführte Recht" verstanden wissen will, und jetzt auch Zitelmann im civ. Arch. LXVI. S. 347 fg.] L. 16. D. de legib. 1. 3. L. 14. eod. Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 15. eod. In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris. cf. L. 2. D. de testam. milit. 29. 1. „propria atque singularia iura." Dagegen ius commune z. B. als Gegensatz des ius militare in L. 11. pr. L. 20. D. l. c. L. 15. D. de vulg. subst. 28. 6. Pauli sentt. III. 4a. §. 3. „tam communi quam proprio jure"; als Gegensatz des ius singulare Minderjähriger in L. 12. D. de minor. 4. 4.; als Gegensatz eines Vorrechts des Fiscus „privilegium ... ius commune privatorum" in L. 37. D. de iure fisci. 49. 14. Savigny I. S. 61 . . 66. [Vgl. auch Leist civ. Stud. IV. (vrbr.: Kohler krit. Vjschr. XXIII. S. 161 fg.) Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 301 fg.]

[6] L. 1. §. 43. D. de aqua. 43. 20. Et datur (sc. ius aquae ducendae ex loco publico) interdum praediis, interdum personis; quod praediis datur, persona extincta non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur, ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcunque successorem transit. cf. L. 196. D. de R. J. Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae; et ideo quaedam ad heredem transmittuntur, quae causae sunt; quae personae sunt, ad heredem non transeunt. L. 68. D. eod. In omnibus causis id observatur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat, ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii. Schlayer a. a. O. S. 60 fg. Unger I. S. 580 fg. 588 fg.

---

## Zweites Capitel.

### Von den Personen oder Subjecten der Rechte.

### §. 24.

Person ist im juristischen Sinn ein Individuum, das Subject von Rechten ist oder sein kann. Darin, daß Jemand als solches anerkannt ist, besteht die Persönlichkeit [1], Rechtsfähigkeit [2]. Von Natur kommt diese allen Menschen zu und nur diesen [a]; aber während dieselbe nach positivem Recht wohl einzelnen Menschen abgesprochen wird [b], sind andererseits auch Rechtssubjecte anerkannt, die nicht einzelne Menschen sind und als Personen nur durch den juristischen Begriff da sind. Diese nennt man juristische Personen (moralische, fingirte, mystische Personen) und im Gegensatze davon den einzelnen Menschen, der schon als solcher ein natürliches Rechtssubject ist, physische oder natürliche Person.

[a] L. 2. D. de statu hom. 1. 5. §. 12. J. de iure nat. 1. 2. pr. J. de libert. 1. 5. [L. 4. D. de iust. et iure 1. 1.] [b] L. 22. 32. D. de R. J.

Anm. 1 Persona in abstracter Bedeutung: vgl. Nov. Theod. XVII. 1. §. 2. „servi quasi nec personam habentes." Theophil. III. 17. pr. „οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες"; Cassiodori Variar. VI. 8. „servos, qui personam legibus non habebant." cf. Cod. qui legitimam personam in iudiciis habent vel non 3. 6. — Hertii comment. et opusc. vol. I. tom. 3: De uno homine plures sustinente personas diss. [pag. 41..64.] cf. L. 9. pr. D. de pact. 2. 14.

2 Recht der Persönlichkeit? — Eigenthum seiner selbst? Vangerow §. 34. („eine anmuthige Speculation, aber ... wegen Verkennung sowohl des Begriffs der Persönlichkeit als des Eigenthums unrichtig." Böcking Inst. §. 33. A. 12.) — Recht an der eigenen Person? Puchta Inst. I. §. 30. „ein Recht an der eigenen Person, in welchem der Wille sich unmittelbar auf sich bezieht. Diese rechtliche Macht, Person zu sein, das Recht der Persönlichkeit, ist eine vollständige Macht über die ganze Bestimmung der Person." [Vgl. jetzt auch Voigt die XII Tafeln II. §. 76. bes. S. 65.] Puchta stellt darunter auch das Recht des Besitzes. Pand. §. 22. 46. 114 fg. 122 fg. Allein: „Persönlichkeit ist doch unläugbar eine nothwendige Voraussetzung jedes Rechts; ohne Person kein Recht; also ... kann nicht die Persönlichkeit selbst ein Recht sein. Die Persönlichkeit soll die Macht über die eigene Person sein; also wird diese schon vorausgesetzt, .... wiederum aber ist Person ohne Persönlichkeit ein Widerspruch." Indessen nach positivem Recht ist „die dem Menschen als solchem zukommende Eigenschaft eines Rechtssubjects nicht immer und unbedingt anerkannt", „die Fähigkeit, Rechte zu haben, wohl an besondere Voraussetzungen und Bedingungen geknüpft, besondern Beschränkungen und Modificationen unterworfen." Da kann es nun auch für sich Gegenstand eines Rechtsstreits werden, welche Stellung Jemand im Recht einnehme, und in sofern mag man etwa „von einem Recht der Persönlichkeit sprechen, als dem juridisch begründeten Anspruch darauf, daß man von Andern als Person anerkannt und respectirt werde." Arndts civ. Schr. III. S. 11. 12. In verwandtem Sinn sprechen Manche von „Personenrechten" oder „Status-, Zustands-Rechten," Wächter [Pand. §. 34. 35.] Württ. Pr.R. II. §. 45. [Bruns in Holtzendorff's Encykl. 4. Aufl. S. 407 fg.] Von Rechten, welche die eigene Person zum Gegenstande haben, kann allerdings auch in so fern die Rede sein, als dem Willen eines Menschen im Allgemeinen die Herrschaft zusteht über ihn selbst in Ansehung des Körpers wie des Geistes und deren Bethätigung, über sein Thun und Lassen, in so fern es nicht auf fremde Personen oder Sachen einwirkt. Aber unzweifelhaft ist es, „daß diese Rechte einer besondern Darstellung im Privatrechtsystem nicht bedürfen", Windscheid §. 39., man möchte denn auch das Recht, nach Belieben zu schlafen, zu arbeiten oder spazieren zu gehen u. s. w. darin abzuhandeln nöthig finden. Vgl. übrigens noch Savigny I. S. 334..37. Unger I. §. 60. Neuner a. a. O. S. 15 fg. stellt wieder an die Spitze des Systems ein „Recht der Persönlichkeit", als „Recht der Person, Selbstzweck zu sein, sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten"; [s. auch Ihering Zweck im Recht I. S. 71: „Das ..., was für uns da ist, kann sein 1) wir selbst. Der rechtliche Ausdruck dafür ist das Recht der Persönlichkeit..." und Voigt die XII Tafeln I. S. 333 fg. „Individualrechte": Gareis in Busch Arch. f. Handels- und Wechselr. XXXV. 4. S. 185 fg. bes. 196 fg., Grundr. z. Vorl. über d. deutsche bgl. R. §. 40 fg., Kohler dogmat. Jahrb. XVIII. S. 202 fg., 251 fg., aber auch S. 282 fg.] dagegen Bürkel in d. krit. Vjschr. XI. S. 200 fg. [Thon a. a. O. S. 147 fg. Dernburg 2. Aufl. II. S. 863 fg. — Neben der Rechtsfähigkeit betont die Pflichtfähigkeit Bierling z. Kritik d. jur. Grundbegr. II. S. 120 fg., 124 fg.]

# I. Von den natürlichen Personen[a].

## A. Dasein derselben.

### §. 25.

### 1) Anfang und Erfordernisse.

Eine natürliche Person ist vorhanden, sobald ein Wesen menschlicher Natur außer dem Mutterleibe[1] selbständig lebend besteht[b]. Erforderlich ist also, daß das Kind aus dem Mutterleibe vollständig an's Licht gekommen sei[c], nach dieser Trennung lebe[d], und menschliche Gestalt trage[e].

Anm. [1] L. 9. §. 1. cit. (not. b.) „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur." Jedoch: Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodis eius (de ipsius iure) quaeritur. L. 7. 26. D. h. t. L. 231. D. de V. S. L. 3. D. si pars hered. 5. 4. „antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura reservarent." cf. L. 7. pr. D. de reb. dub. 34. 5. Savigny II. S. 12 . . 16. Rudorff zu Puchta §. 114. not. b. legt darum schon dem Ungeborenen eine Persönlichkeit bei, „jedoch nur eine juristische"; vgl. auch Unger I. §. 26. A. 15 fg. Dagegen Windscheid (5. Aufl.) §. 52. A. 5. Brinz (2. Aufl.) I. S. 172 fg.

[2] Nicht bloß der Kopf; ohne Grund a. M. Sintenis I. §. 13. not. 4. arg. L. 12. §. 1. D. 28. 2. „si non integrum animal editum sit." Vgl. L. 3. Cod. 6. 29. „si vivus perfecte natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis, decessit, nihilominus testamentum corrumpi (rumpi), hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium. [Vgl. Voigt die XII Tafeln 1883. I. S. 251 fg.]

[3] Ist außerdem noch Lebensfähigkeit (Vitalität) erforderlich? L. 12. D. h. t. L. 3. §. 12. D. de suis. 38. 16.? Dagegen Savigny II. S. 385 . . 417. Vangerow I. §. 32. Unger a. a. O. A. 10. 11. Förster I. §. 19. A. 7. „die frühere Streitfrage über das Erforderniß der Vitalität existirt jetzt nicht mehr". Aber dies ist nur richtig, insofern man von Fehlgeburten absieht: arg. L. 2. Cod. l. c. „uxoris abortu testamentum mariti non solvi", vgl. §. 1. J. de exhered. lib. 2. 13. Pauli sentt. IV. 9. §. 1. 5. 6. Puchta §. 114. Inst. II. §. 210. Wächter de partu vivo non vitali progr. I . . V. Lipsiae 1863 . . 66., deutsch in ausführlichem Auszug von Fitting im civ. Arch. L. 1. S. 1 . . 26. [Wächter Pand. I. S. 194 fg.] Dagegen wieder Sarrazin diss. de partu vivo non vitali, Berlin 1870. Vgl. noch Dernburg §. 41.

[[4] Die Beurkundung der Geburten (und ebenso auch der Eheschließungen und Sterbefälle) erfolgte bis auf die neueste Zeit durch Eintragungen in Kirchenbücher (Richter Lehrb. d. Kirchenr. 7. Aufl. §. 292.), seit dem Reichsges. v. 6. Febr. 1875 aber durch Eintragung in die von Standesbeamten geführten Standesregister. Vgl. darüber

[a] J. de iure person. 1. 3. D. de statu hom. 1. 5. [b] L. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. 25. 4. L. 9. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 161. D. de V. S. [c] L. 3. Cod. de postum. 6. 29. cf. L. 12. pr. D. de liberis. 28. 2. L. 1. §. 9. D. unde cogn. 38. 8. [d] L. 2. 3. Cod. l. c. L. 129. D. de V. S. [e] L. 3. Cod. cit. L. 12. D. h. t. L. 12. §. 1. D. de lib. et postum. 28. 2. cf. L. 44. D. de religiosis. 11. 7. Pauli sentt. IV. 9. §. 3. 4.

Hinschius das Reichsges. über Beurkundung des Personenstandes. 2. Aufl. 1876., Mandry Reichsgesetze S. 104 (2. Aufl. S. 132) fg., Dernburg 2. Aufl. §. 41. a. E. Sicherer Personenstand und Eheschließung in Deutschland 1879, Roth System I. S. 337 fg.]

## §. 26.

### 2) Ende der natürlichen Persönlichkeit.

Das Ende der natürlichen Persönlichkeit ist der Tod, welcher, wenn davon abhängige Rechte geltend gemacht werden, wie jede andere Thatsache zu beweisen ist. Indessen kann die Ungewißheit des gleichwohl wahrscheinlichen Todes einer Person durch gerichtliche Todeserklärung beseitigt werden. Nach heutigem gemeinen Gewohnheitsrecht wird angenommen, ein Abwesender, von dem man keine Kunde hat (ein Verschollener), seit dessen Geburt aber bereits 70 Jahre verflossen sind, sei nicht mehr am Leben[1]. Nach vorgängiger Untersuchung und öffentlicher Vorladung kann alsdann eine gerichtliche Todeserklärung erfolgen, durch welche die Vermuthung des wirklichen Todes des Abwesenden, mit allen rechtlichen Folgen desselben[2] festgestellt wird. Ob aber andererseits auch eine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zu jenem Zeitpunkt bestehe, kraft deren namentlich Erbschaften und Vermächtnisse für den Verschollenen in der Zwischenzeit erworben werden könnten, darüber hat sich eine sichere Praxis bis jetzt nicht gebildet[3].

Anm. [1] Die Entstehung und Ausbildung dieses Gewohnheitsrechtes, das sich an den Ausspruch des Psalmisten anlehnt („Unser Leben währet siebzig, wenn's hoch kommt, achtzig Jahre." Psalm 89. oder 90., V. 10.), ist in einer gründlichen Abhandlung dargelegt worden von Bruns in Bekker's Jahrb. I. 5. S. 90 . . 201. [Klein. Schr. I. 48 . . 135.] vgl. Steinberger im Rtslex. XII. S. 693 . . 718. [Roth Syst. I. S. 340 . . 370, insbes. über die einzelnen Landesrechte.] — Wie es zu halten sei, wenn der Verschollene schon zur Zeit des Verschwindens 70 Jahre zurückgelegt (oder etwa nahezu erreicht) hatte? darüber vgl. Puchta §. 115. Bruns S. 186 fg. 201. [124 fg. 135.]

[2] Nach welchem Zeitpunkte zu bestimmen? a) nach dem Zeitpunkte der Todeserklärung oder b) dem der Vollendung jener 70 Jahre? oder c) nach dem Zeitpunkte des Beginns der Verschollenheit? (successio *ex nunc* oder *ex tunc?*) — Das letzte ist jetzt allgemein verworfen; das erste (a) wurde noch vertheidigt von Vangerow §. 33. A. 1. (6. Aufl.); vgl. über österr. u. preuß. Recht Unger I. §. 27. A. 27 fg. [und jetzt Ges. v. 16. Febr. 1883.] Förster I. §. 19. A. 17; das zweite (b) ist die herrschende Meinung, vgl. Cropp Abh. II. 4. Savigny II. S. 17 . . 19, und vorzüglich Bruns S. 198 fg. [133 fg.], auch Vangerow (7. Aufl.) §. 33. A. 1. [Roth S. 361 fg.]

[3] Die seit dem 17. Jahrh. mit der Todesvermuthung zugleich angenommene entsprechende Lebensvermuthung wurde schon früher von verschiedenen Seiten angefochten, dann besonders in neuerer Zeit mit Erfolg bestritten von Cropp Abh. II. 4. 5., und so auch von Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. V. 10., demzufolge auch in der 1. und

2. Aufl. dieses Lehrb. wie in mehreren oberstrichterlichen Entscheidungen verworfen. (Seuffert's Arch. I. 160. VII. 356. IX. 254. XII. 1. gegen III. 298. V. 31. IX. 310. [XXII. 8.] vgl. auch Bopp in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 11.). Sehr gut vertheidigt wurde sie dagegen von Bruns a. a. O. S. 168 fg. 193 fg. [109 fg. 129 fg.], und dafür erklärte sich dann auch dieses Lehrb. in der 3. und 4. Aufl., und eben so Steinberger im Rtslex. XII. S. 711 fg. Windscheid Pand. §. 53. A. 2. Indessen ist dieselbe wiederum von Zink in d. Blättern f. Rechtsanwdg. XXVI. Nr. 2. 3. 4. (1861. vgl. XIX. Nr. 2. 3. 4. 1854) scharf angefochten, womit auch Keller §. 21. Köppen Erbr. S. 144 fg. Unger Erbr. §. 36. A. 6. Roth Bayr. C. R. I. S. 162 fg. [vgl. Syst. S. 367 fg.] übereinstimmen, und so auch neuerdings in oberstrichterlichen Entscheidungen entschieden verworfen (Seuffert's Arch. XIV. 149. XV. 200. [XXXI. 307. XXXII. 327. XXXIII. 190. XXXV. 177; anders aber wieder XXXII. 328.])

## §. 27.

### 3) Insbesondere von der Priorität des Todes.

Auch im Fall der Ungewißheit darüber, welche von mehreren Personen vor der andern gestorben sei, entscheidet bisweilen eine rechtliche Vermuthung. Der Regel nach, nicht ohne Ausnahme[a], wird nämlich vermuthet[b], das mündige Kind sei nach seinem Ascendenten, das unmündige vor demselben gestorben[1]. Außerdem kann ein durch die Priorität des Todes einer Person bedingtes Recht[2] nicht anders als durch deren Beweis geltend gemacht werden[c].

Anm. [1] Nicht bloß im Fall des Untergangs in erwiesener gemeinschaftlicher Lebensgefahr: arg. L. 11. pr. D. de b. p. sec. tab. 37. 11. „duobus peregre defunctis." Kierulff I. S. 92. Böcking Inst. §. 32. not. 11. Dagegen Vangerow §. 33. A. 2. Savigny II. S. 20..22. Windscheid §. 53. [A. 5. Wächter I. S. 200.] u. a. vgl. Seuffert's Arch. II. 125. Man will das Argument aus L. 11. pr. cit. nicht gelten lassen, weil darin von der fraglichen Präsumtion nicht die Rede sei. Aber die Stelle nimmt doch an, daß die beiden liberi peregre defuncti, von deren Tode nähere Kunde fehlt, als commorientes anzusehen seien und behandelt den Fall wie L. 9. pr. D. de reb. dub. (Anm. 2. a. E.); es ist also nicht unberechtigt zu schließen, daß, wenn die peregre defuncti Vater und Kind wären, die Präsumtion für die Priorität des Todes des einen oder andern eintreten würde. Und wenn Vater und Kind nach Amerika ausgewandert und, ohne daß man nähere Kunde davon hat, gestorben sind, von wo an beginnt die gemeinschaftliche Lebensgefahr? — Ganz allgemein soll die Vermuthung für den frühern Tod des Unmündigen sprechen nach Mühlenbruch im civ. Arch. IV. 27., für den frühern (natürlichen) Tod der ältern Person nach Thibaut 6. Aufl. §. 211. arg. L. 15. pr. D. de inoff. test. 5. 2. „turbato ordine mortalitatis". Beide Meinungen haben keinen Anklang gefunden; die letzte ist von Thibaut selbst aufgegeben in der 8. Aufl. §. 122. not. c. — Vgl. Gaedcke de iure commorientium ex discipl. Rom. Rostock und Güstrow, 1830.

[2] Anders, wenn es wesentlich nur darauf ankommt, daß der Andere nicht länger

[a] L. 9. §. 2. D. de reb. dub. 34. 5. L. 18 (17). §. 7. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [b] L. 26. pr. D. de pact. dot. 23. 4. L. 9. §. 1. 4. L. 22. 23. D. de reb. dub. [c] L. 16. §. 1... L. 18. D. l. c. L. 35 (34). D. ad Sc. Treb.

gelebt habe. L. 26. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 8. D. de reb. dub. 34. 5. L. 32. §. 14. D. de donat. int. vir. et ux. 24. 1. Nach diesen Stellen soll die Schenkung auf den Todesfall oder unter Ehegatten unwiderruflich werden, auch wenn Schenker und Beschenkter zugleich gestorben sind, und L. 32. §. 14. cit. deducirt dies sogar aus den Worten der Oratio des Antoninus. Daher können sie nicht den Satz begründen, daß es darauf ankomme, ob der Erbe des Beschenkten in dem Falle sei, auf Erfüllung der Schenkung klagen zu müssen, oder nur als Beklagter gegen den Widerruf der Schenkung sich zu vertheidigen habe. — Uebrigens vgl. noch L. 9. pr. D. de reb. dub. „Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus morietur Titium substituit. Duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur. Dixi: si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. In proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur, an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit." Man lese: in proposita autem quaestione, ubi simul perierunt, num utrique heres sit (oder mit Mommsen: utrum utrique substitutus heres erit), quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse (nec successisse? Krüger) sibi videantur? an vero etc. Cf. L. 34. pr. 42. pr. D. 28. 6. L. 92. 162. pr. D. de V. S.

## B. Rechtsfähigkeit der natürlichen Person.

### §. 28.

### 1) Die römischen Status[1].

Das römische Recht unterscheidet drei Hauptstufen der Rechtsfähigkeit natürlicher Personen, Status; nämlich Freiheit, Bürgerrecht und Familienstand. Die natürlichen Personen werden darnach eingetheilt 1) in liberi und servi[a], 2) in cives und peregrini, 3) in homines sui iuris und homines alieni iuris oder personae alieno iuri subiectae[b]; jene patres- beziehungsweise matres-familias genannt, diese, abgesehen von den in eines Herrn Gewalt befindlichen Sklaven, welche als solche ebenfalls zu den personae alieni iuris gehörten, filii- beziehungsweise filiae-familias, auch nepotes- und neptes-familias[c], d. i. die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, Hauskinder. In Verbindung damit steht die Unterscheidung einer dreifachen *capitis deminutio*[d], maxima, media und minima[2]. Allein das heutige gemeine Civilrecht kennt keinen Sklavenstand mehr und macht auch zwischen Bürgern und Nichtbürgern, Inländern und Ausländern keinen Unterschied rücksichtlich der

[a] pr. J. de iure person. 1. 3. cf. tit. 3..7 ibid. [b] D. de his qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. J. 1. 8. cf. tit. 9..12. ibid. [c] L. 4. D. h. t. 1. 6. L. 5. § 1. D. de bon. damn. 48. 20. L. 195. § 2. L. 196. pr. D. de V. S. cf. L. 46. §. 1. D. eod. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 43. 30. [d] D. de capite minutis. 4. 5. J. de capitis minutione. 1. 16.

Privatrechtsfähigkeit[3]. Daher kommen die beiden ersten Gegensätze der Personen, sowie die beiden ersten Arten der capitis deminutio, im heutigen Rechte nicht mehr in Betracht. Der dritte Gegensatz ist allerdings auch nach heutigem Pandektenrecht noch von praktischer Bedeutung; Hauskinder sind auch jetzt noch in ihren Rechten durch den Vater beschränkt. Allein diese Beschränkung berührt überall nicht mehr, wie nach altem Recht, ihre Fähigkeit, eigene Rechte für sich zu haben; sie beruht nur in besondern die Rechte der Kinder beschränkenden Rechten, welche dem Vater kraft der väterlichen Gewalt zustehen[4]. Auch die minima capitis deminutio hat an sich schon nach neuestem römischen Rechte kaum noch eine praktische Bedeutung[5].

Anm. 1 Vgl. Puchta §. 116..118. Savigny II. S. 23..169 und S. 418 bis 515 (Beil. IV..VI.) Brinz (2. Aufl.) I. S. 175..179. [Zródłowski I. S. 140 fg. und jetzt bes. M. Cohn Beitr. zur Bearbeitung d. R. R. Heft 2. S. 41..400. (Drbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. IX. S. 780 fg.). Voigt die XII Tafeln I. §. 24 fg. II. §. 73.]

2 §. 1..3. J. h. t. 1. 16. Maxima est capitis deminutio, quum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit ... Minor sive media, quum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur ... Minima, quum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui cum sui iuris fuerunt, coeperunt alieno iuri subiecti esse, vel contra. L. 11. D. h. t. — Ueber das Wesen der min. c. d. vgl. vorzüglich Savigny II. S. 478 fg. mit Puchta in d. krit. Jahrb. IV. S. 687. Institut. II. §. 220. Scheurl Beitr. 1. 9. Nach Justinianischem Recht erleiden dieselbe a) der homo sui iuris, welcher der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen wird, durch Arrogation oder Legitimation. §. 3. J. h. t. L. 2. §. 2. D. h. t. b) die Kinder des Arrogirten (oder Legitimirten), die mit diesem in die Gewalt des Arrogator übergehen. L. 3. pr. D. h. t. c) wer durch Emancipation aus der väterlichen Gewalt entlassen wird. §. 3. J. h. t. Theoph. ad h. l. L. 3. §. 1. D. h. t. d) das Kind, welches vom Vater vollgültig in Adoption gegeben wird. L. 10. Cod. de adopt. 8. 47. (48). Savigny will die drei letzten Fälle nicht mehr gelten lassen, aber, wenigstens soviel b und c betrifft, gegen den klaren Ausspruch der Justinianischen Rechtsquellen.

[3 Vgl. jetzt die deutsche Reichsverfassung Art. 3. und Mandry Reichsgesetze S. 37 (2. Aufl. S. 52) fg., dazu Bähr in d. krit. Vjschr. XXV. S. 544 fg. Roth System §. 67. I. S. 386 fg.]

4 Scheurl a. a. O. will auch nach altem Recht eine mindere Rechtsfähigkeit der Hauskinder nicht zugeben und im neueren Recht eine Erweiterung ihrer Rechtsfähigkeit nicht anerkennen. Nämlich: der Filiusfamilias konnte zwar nichts für sich haben und erwerben, aber er hätte die vollkommene Fähigkeit dazu, wenn er nur — nicht alieni iuris wäre. Eine Beschränkung mindestens scheint mir doch auch in der Gebundenheit der Rechtsfähigkeit zu liegen.

5 Nach älterem Recht hatte die min. c. d. wichtige Folgen. Sie löste namentlich die bisherige Agnationsverbindung, was sogar nach der gewöhnlichen Ansicht das Wesen derselben ausmachen soll (Vangerow §. 34); sie bewirkte ferner Endigung der per-

sönlichen Servituten des capite minutus und Zerstörung civilrechtlicher Forderungsklagen gegen denselben. Allein die letzte Wirkung war schon durch das prätorische Edict ihrem praktischen Erfolg nach beseitigt, L. 2. §. 1. D. h. t. (§. 121. A. 2.); die zweite hat Justinian aufgehoben durch L. 16. Cod. de usufr. 3. 33. (§. 194. A. 1.; die erste besteht zwar noch, ist aber nicht mehr von Bedeutung, weil die Agnation selbst ihre Bedeutung verloren hat (Nov. 118), sofern nicht von der Agnation zugleich die Cognation abhängt, wie bei Adoptirten der Fall ist. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. (§. 427. 477.)

## 2) Die bürgerliche Ehre [1].

### §. 29.

#### a) Begriff der Ehre.

Die bürgerliche Ehre besteht in der persönlichen Achtung und Würde, welche dem Einzelnen vermöge seiner Rechtsfähigkeit und bürgerlichen Stellung zukommt[2]. Ohne alle bürgerliche Ehre gibt es keine Rechtsfähigkeit, eine Minderung der Ehre aber kann auch die Rechtsfähigkeit der Person auf nachtheilige Weise berühren.

Anm. [1] Marezoll über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. 1824. Savigny II. §. 76..83. S. 170..230. nebst Beil. VII. S. 516..559. [Roth System §. 68. Ihering Zweck im Recht II. 1883. S. 481. 496 fg.]

[2] L. 5. §. 1. D. de extraord. cogn. 50. 13. Existimatio est dignitatis illaesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur. — Gemeine bürgerliche Ehre und besondere Standesehre. Puchta §. 119.

#### b) Ehrenminderung.

##### α) Nach römischem Recht.

### §. 30.

#### aa) Im Allgemeinen.

Nach römischem Recht erleidet, wer das Bürgerrecht zur Strafe verliert, zugleich den Verlust der darauf beruhenden bürgerlichen Ehre[a]. Gemindert aber ist die Ehre desjenigen, welcher durch seine Handlungen oder seinen Zustand in der sittlichen Achtung seiner Mitbürger herabgesetzt ist, so daß er in rechtlichen Beziehungen gegen den ehrenhaften (unbescholtenen) Bürger zurücksteht[b]. Das sittliche Urtheil kann im Allgemeinen durch eine Rechtsvorschrift ausgesprochen sein, welche mit gewissen Handlungen oder Zuständen eine Ehrenminderung als rechtliche Folge verbindet. Eine solche Ehrenminderung ist im römischen Recht die Infamie, infamia. Die Verächtlichkeit einer Person, welche ohne Rechtsvorschrift nur in dem Sittenurtheil der Mitbürger begründet

[a] L. 5. §. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. [b] L. 5. §. 2. D. l. c.

ist, heißt dagegen nota oder turpitudo[c]. Heutzutage bezeichnet man diesen Gegensatz durch die Ausdrücke *infamia iuris* und *infamia facti*[d].

[Anm. Vgl. Voigt die XII Tafeln I. §. 45. und S. 476 fg.]

## §. 31.

### bb) Infamie.

Die Infamie[a] entsteht nach römischem Rechte theils als unmittelbare Folge einer Handlung oder eines Zustandes der Person, sog. infamia *immediata*, theils erst in Folge eines richterlichen Urtheils, welches die Person einer unehrenhaften Handlungsweise schuldig erkennt, mit welchem jedoch auch eine die Abwendung der Verurtheilung bezweckende Maßregel gleiche Wirkung haben kann, sog. infamia iuris *mediata*[1]. Die einmal entstandene Infamie dauert der Regel nach fort bis zum Tode der Person[b]; beseitigt wird sie nur durch Wiederaufhebung des entehrenden Urtheils[c] und durch Wiederverleihung der Ehrenhaftigkeit durch den Regenten (restitutio famae), welche aber nicht schon in dem bloßen Erlaß der Strafe enthalten ist[d]. Demjenigen, welcher eine zu schwere Strafe ungerechter Weise erlitten hat, soll zur Vergeltung dafür die Infamie erlassen sein[e]. Die Wirkungen, welche der Infamie namentlich beigelegt werden, sind, daß der Infamis von Ehrenämtern[f] und regelmäßig von der Befugniß, für Andere vor Gericht Anträge zu machen[g], daher auch von der Anstellung einer popularis actio[h] ausgeschlossen ist[2], sodann daß die Erbeinsetzung eines Infamis die ehrenhaften Geschwister zur Anfechtung des Testaments berechtigt[i].

Anm. [1] Die meisten Fälle der Infamie sind in der die betreffende Stelle des Edicts enthaltenden L. 1. D. h. t. angegeben: Infamia notatur a) qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; b) qui artis ludicrae pronunciandive causa in scenam prodierit; c) qui lenocinium fecerit; d) qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit; e) qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; f) qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit; g) qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret,

[c] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. [d] cf. L. 2. pr. D. de obsequiis. 37. 15. L. 39. D. de furtis 47. 2.

[a] D. de his qui notantur infamia. 3. 2. Cod. de causis ex quibus infamia irrogatur. 2. 11 (12). de infamibus. 10. 59 (57). cf. Vat. fragm. §. 320..324. tab. Heracl. v. 108..141. [b] L. 43. §. 4. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 6. Cod. h. t. 2. 11 (12). cf. L. 8. D. de postul. 3. 1. L. 3. §. 1. D. de decurion. 50. 2. L. 3. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 10. D. de postul. 3. 1. [d] L. 1. §. 9. 10. D. l. c. cf. L. 3. Cod. de generali abolit. 9. 43. [e] L. 4. Cod. h. t. L. 13. § 7. D. h. t. L. 10. §. 2. D. de poenis. 48. 19. [f] L. un. Cod. de infam. L. 2. Cod. de dign. 12. 1. L. 3. Cod. de re milit. 12. 35 (36). [g] L. 1. §. 5. 6. 8. D. de postul. 3. 1. [h] L. 4. D. de pop. act. 47. 23. [i] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 11. 19. Cod. eod.

in matrimonium collocaverit; h) eamve sciens quis uxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est, et i) qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; k) quive suo nomine, non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit. — Von diesen Fällen gehören d, e, f, nach Manchen auch a, zu der sog. infamia mediata, die übrigen zu der sog. infamia immediata. Es sind aber zur Ergänzung noch folgende verwandte Fälle hinzuzufügen: zu b) qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit, und qui virtutis ostendendae causa hoc faciunt sine mercede, . . . si in arena passi sunt se honorari, L. 1. §. 6. D. de postulando 3. 1.; zu c) qui corpore suo muliebria passus est, L. 1. §. 6. cit., quae corpore quaestum fecit, L. 43. pr. . . . §. 5. D. de ritu nupt. 23. 2.; quae in adulterio deprehensa est, L. 43. §. 12. 13. D. l. c.; zu d) alle iudicio publico damnati, L. 7. D. de iud. publ. 48. 1., desgl. die sich der Criminaluntersuchung arglistig entziehen, L. 6. §. 3. D. de decurion. 50. 2., zudem auch die Söhne von Hochverräthern nach L. 5. §. 1. Cod. ad leg. Jul. maiest. 9. 8.; zu e) auch Verurtheilung wegen derselben oder ähnlicher Vergehen extra ordinem (als crimen extraordinarium) hat dieselbe Wirkung, L. 12. Cod. h. t. L. 13. §. 8. D. h. t. L. 7. D. cit.; desgleichen unerlaubter Zinswucher, L. 20. C. h. t.; Bruch eines beschworenen Vergleichs, L. 41. Cod. de transaction. 2. 4.; unbewiesene Delation, L. 2. pr. L. 18. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14; zu f) im Falle besonderer Unredlichkeit hat auch die contraria actio dieselbe Wirkung. L. 6. §. 5. 7. D. h. t. cf. L. 22. Cod. h. t.; den Vormund infamirt auch suspecti remotio, §. 6. J. de suspect. tut. 1. 26.; zu g . . i) die Wittwe selbst, die das Trauerjahr verletzt, L. 11. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. h. t.; der Vormund, der sich selbst oder seinen Sohn mit der Mündel verheirathet, L. 66. D. de ritu nupt. 23. 2; zu k) auch alteri sponsa alteri nupta, L. 13. §. 3. D. h. t. Vgl. Rudorff in der Zeitschr. für Rechtsgesch. IV. S. 45 . . 61. und dessen de iurisdictione edictum (1869.) §. 18. 19. Karlowa zur Gesch. der Infamia, in ders. Zeitschr. IX. S. 204 fg. [Lenel ebda. XV. Roman. Abth. S. 54 fg. und dessen edictum perpetuum. 1883. S. 61 fg., 74.]

[2] Im prätorischen Edict waren die Infames namentlich wegen der Beschränkung ihrer Fähigkeit zu Anträgen bei Gericht (postulare) aufgezählt. Der Infamis konnte demnach regelmäßig auch nicht Andere vor Gericht vertreten. Fragm. Vat. l. c. Pauli sentt. I. 2. §. 1. 3. Nach älterem Recht konnte die Partei sowohl gegen den unbescholtenen Stellvertreter der infamen, als gegen den infamen Stellvertreter der unbescholtenen Gegenpartei protestiren (procuratoria exceptio). Dies ist aber im Just. Recht abgeändert. §. ult. J. de except. 4. 13. Puchta §. 120. [Bülow D. L. v. d. Proceßeinreden, 1868, S. 39 fg. Schultze Privatr. u. Proceß in ihrer Wechselbeziehung. I. 1883. S. 282 fg.] — Nach Bestimmungen der lex Julia de maritandis ord. und deren prakt. Auslegung war Infamie der Frauen insbesondere wichtig in Ansehung der Ehe; aber auch dies ist im neuern Recht abgeändert. Vgl. L. 28. 29. §. 6 . . 8. (L. 29.) Cod. de nupt. 5. 4. Nov. 117. cap. 6. Savigny §. 82. und Beil. VII.

## §. 32.

### cc) Turpitudo.

Wenn eine Person durch ihr Betragen oder ihren Zustand, ohne Rücksicht darauf, ob damit durch Rechtsvorschrift eine Ehrenminderung

verknüpft ist, doch nach dem sittlichen Urtheil der Mitbürger als verächtlich sich darstellt, so kann auch dieses rechtlich bedeutend werden, insofern in manchen Beziehungen auf die moralische Würdigung der Person etwas ankommt[1]. Dies ist namentlich der Fall in Ansehung der Bekleidung von Ehrenämtern[a] und der Zulassung zur Anstellung ehrenrühriger Klagen gegen ehrenhafte Personen[b] oder zur vormundschaftlichen Verwaltung[c], ferner bei dem interdictum de liberis exhibendis bezüglich der Bestimmung des Besitzstandes während des Rechtsstreites[d], bei der Beschwerde der Geschwister über lieblose Ausschließung von der Erbschaft[e], und in Ansehung der Zeugnißfähigkeit einer Person[f]. In denselben Beziehungen wird natürlich auch die eigentliche Infamie berücksichtigt, wie sie denn in einigen jener Fälle auch ausdrücklich neben der Turpitudo genannt ist[2].

Anm. [1] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. . . . Consanguinei . . . de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adsparguntur. cf. L. 2. pr. D. de obseq. par. 37. 15. Licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati (sc. per procuratorem, de dolo aut iniuriarum), re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. L. 1. §. 5. D. de postul. „praetor . . . notavit personas in turpitudine notabiles."

[2] Vgl. §. 31. not. f. i. Auch in Ansehung der Wirkung in §. 31. not. g. ist die Infamie eigentlich auf gleiche Linie mit der Turpitudo überhaupt gestellt, nachdem der Gegenpartei das Recht, dieselbe geltend zu machen, abgesprochen, also dem Ermessen des Richters die Entscheidung über die sittliche Würdigkeit der Person überlassen ist. Puchta §. 120. not. cc. dd.

## §. 33.

### β) Heutige Anwendbarkeit des römischen Rechts.

Die sogenannte infamia facti kommt auch im heutigen Recht noch in Betracht, wo sie nach römischem Recht civilrechtliche Wirkungen äußert; aber es kommt dabei auf die heutzutage herrschenden sittlichen Ansichten an. Was die eigentliche Infamie betrifft, so ist die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahrs durch das canonische Recht ausdrücklich aufgehoben[a]; dagegen sind in [älteren] Reichsgesetzen einige neue Fälle genannt[b]. Als Wirkung derselben wird im canonischen Recht noch die Ausschließung von der Procuratur angegeben[c], in Reichsgesetzen die Aus-

[a] L. 2. Cod. de dignit. 12. 1. [b] L. 11. §. 1. D. de dolo 4. 3. [c] L. 27. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. [d] L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. [e] L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. [f] L. 3. pr. D. de test. 22. 5. Nov. 90. cap. 1.

[a] cap. 4. 5. X. de secund. nupt. 4. 21. [b] RPO. von 1577. Tit. 28. §. 2. RA. von 1670. §. 10. RA. von 1551. §. 80. cf. auth. *habita* und *agricultores*. [c] cap. 1. 2. C. 3. qu. 7.

schließung von Zünften und vom Notariat[d]. Allein in der Praxis hat das römische Recht in dieser Beziehung weit bedeutendere Modificationen erfahren. Eine infamia immediata wird als infamia iuris überall nicht mehr anerkannt, eine infamia mediata nicht mehr als Folge einer Civilklage; bei strafrechtlicher Verurtheilung aber soll nach der Meinung vieler Praktiker ein ausdrückliches Erkenntniß auf Infamie zur Begründung derselben erforderlich sein, wenn nicht nach heutigen Begriffen die Strafe selbst infamirt. In der That hat die ganze römische Theorie von der Infamie ihre unmittelbare praktische Bedeutung im heutigen gemeinen Civilrecht verloren; die der Infamie eigenthümlichen Wirkungen sind weggefallen oder gehören dem Civilrecht nicht an, und wo sonst noch eine Ehrenminderung civilrechtlich bedeutend ist, da ist es eben nicht mehr der bestimmte Begriff der römischen Infamia[1]. [An seine Stelle und an die der früheren partikularrechtlichen Normen über Infamie sind nun die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches vom 31. Mai 1870 §§. 31 .. 37 getreten, wonach mit der Verurtheilung zu gewissen Strafen entweder von Rechtswegen oder kraft einer damit verbundenen Aberkennung „der bürgerlichen Ehrenrechte" der (dauernde oder zeitweilige) Verlust derselben als Nebenstrafe eintritt. Die Mehrzahl dieser im R.St.G.B. (und einigen späteren Gesetzen) genannten Ehrenstrafen trifft öffentliche Rechte des Bestraften, einige davon berühren auch seine privatrechtliche Stellung. Die infamia facti besteht mit ihren bisherigen Wirkungen fort[2]].

Anm. [1] Vgl. vorzüglich Savigny a. a. O. §. 83. Böcking Pand. I. §. 32. mit den Lehrbüchern über deutsches Privatrecht, dann Windscheid §. 56., Roth Civilr. §. 27. [2. Aufl. §. 29.], und in besonderer Beziehung auf österreich. Particularrecht Unger I. §. 31 .. 33. [Dazu das Gesetz v. 15. Novemb. 1867. R.G.Bl. Nr. 131.]

[[2] Vgl. Windscheid a. a. O., Mandry a. a. O. S. 72 .. 91. (2. Aufl. S. 92 .. 115), Roth Syst. I. S. 391 fg.]

## §. 34.

### 3) Einfluß des Religionsbekenntnisses auf die Rechtsfähigkeit.

Nach römischem Recht und nach dem Rechte des Mittelalters war das Religionsbekenntniß für die rechtliche Stellung der Person sehr wichtig[a]. In Deutschland waren bundesgesetzlich die drei christlichen Religionsparteien in bürgerlichen und politischen Rechten einander gleichgestellt, und auch in

[d] RPO. Tit. 38. §. 1. cf. §. 4. Kaiserl. Pat. v. 1731. §. 13. NO. v. 1512. Tit. 1. §. 2.

[a] Cod. de haereticis. 1. 5. de apostatis. 1. 7. de iudaeis. 1. 9. de paganis. 1. 11. Nov. 132. — cf. auth. *item* und *credentes*. X. de haeret. 5. 7., in 6to 5. 2. Clem. 5. 3. X. de apostat. 5. 9. de iudaeis. 5. 6.

Ansehung anderer Religionsbekenntnisse die civilrechtlichen Beschränkungen in der Praxis durchgängig beseitigt [1]. In Ansehung der Juden hatten sich noch einige singuläre Rechtsbestimmungen im gemeinen Recht erhalten und noch mehr dergleichen in Particularrechten gebildet, sind aber in neuester Zeit durch Particulargesetzgebung meist ebenfalls aufgehoben. Als wichtige gemeinrechtliche Beschränkung der Juden wie aller Nichtchristen [galt bis zur Wirksamkeit des Reichsges. v. 6. Febr. 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung] deren Unfähigkeit zur Ehe mit Christen [b] [2].

[Anm. [1] Diese Praxis ist nun sanctionirt durch das Gesetz des norddeutschen Bundes (jetzt Reichsgesetz) v. 3. Juli 1869, welches „alle noch bestehenden, aus der Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte" aufhob. Vgl. Näheres bei Windscheid §. 55. A. 3. Mandry S. 53..58 (2. Aufl. S. 71..76). Roth Syst. I. S. 392 fg.]

[[2] Das cit. Ges. schweigt von diesem Ehehinderniß und hat es damit beseitigt. §. 39. des Ges. Mandry a. a. O.]

## C. Andere juristisch bedeutende Eigenschaften und Zustände der Personen.

### §. 35.

### 1) Geschlecht.

Das Recht erkennt nur zwei Geschlechter an, das männliche und weibliche, kein Mittelding zwischen beiden [a]. Regelmäßig stehen die Personen beiderlei Geschlechts privatrechtlich einander gleich.

Anm. L. 1. D. de V. S. Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complectitur. L. 195. pr. eod. Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. Dagegen L. 45. pr. D. de legat. II. Exemplo . . . . pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri. — Vgl. aber L. 9. D. de statu hom. 1. 5. L. 18. D. de testib. 22. 5. §. 10. J. de adopt. 1. 11. L. 2. D. de R. J. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. [Die Reichsgesetze unserer Zeit haben mehrere Sonderbestimmungen über die rechtliche Stellung der Frauen beseitigt. Mandry S. 17..28 (2. Aufl. S. 18..42.)]

### §. 36.

### 2) Alter.

Der Unterschied des Alters [1] ist vorzüglich wichtig in Betreff der juristischen Handlungsfähigkeit (§. 59). Die beiden wichtigsten Alters-

[b] L. 6. Cod. de iud. 1. 9.

[a] L. 10. D. de statu hom. 1. 5. L. 15. §. 1. D. de testib. 22. 5. L. 6. §. 2. D. de lib. et post. 28. 2.

stufen sind die **Mündigkeit**, Pubertät, und die **Volljährigkeit** oder Großjährigkeit, Majorennität[2]. Jene beginnt beim männlichen Geschlechte mit Vollendung des vierzehnten, beim weiblichen Geschlechte mit Vollendung des zwölften Lebensjahres[a]; die Personen dieses Alters heißen mündige, mannbare, puberes; die jüngern Personen heißen unmündige, impuberes, pupilli. Die Volljährigkeit beginnt [nach dem älteren gemeinen Recht] bei allen Personen mit Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres[b]; die Personen dieses Alters heißen volljährige, majorenne, d. h. majores viginti quinque annis; die jüngern minderjährige, minorenne, d. i. minores XXV annis. [Auf Grund des Reichsges. vom 17. Febr. 1875 tritt nun die Volljährigkeit mit dem vollendeten 21. Lebensjahre[2a] ein.] Jedoch kann ein Minderjähriger von wenigstens zwanzig Jahren, eine Minderjährige von wenigstens achtzehn Jahren durch Gewährung des Regenten[2b] für volljährig erklärt werden, *veniam aetatis* erlangen[c], wodurch sie aber gleichwohl nicht in jeder Beziehung den natürlich Volljährigen gleichgestellt werden[d]. Unter den Unmündigen werden noch unterschieden infantes, **Kinder** im engern Sinn, die noch nicht das siebente Lebensjahr zurückgelegt haben[3], und infantia maiores[e]. Im Alter der Mündigkeit aber wird in gewissen Beziehungen noch eine sogenannte plena pubertas, mit achtzehn Jahren beim männlichen, mit vierzehn Jahren beim weiblichen Geschlechte unterschieden[f], [und nach dem Reichsges. v. 6. Febr. 1875. §. 28. tritt die **Ehemündigkeit** mit dem vollendeten 20., bezw. 16. Lebensjahr ein.] Nicht allgemein nach Jahren bestimmt ist der Unterschied zwischen *pubertati proximi* und *infantiae proximi*[g], ebensowenig die Stufe des hohen Alters[h], *senectus*[4].

Anm. [1] Vgl. Savigny III. S. 21 fg. [Wächter §. 48. Mandry S. 1 .. 16. (2. Aufl. S. 1 .. 17.) Voigt die XII Tafeln I. §. 32.]

[2] Im Deutschen wird Mündigkeit häufig gleichbedeutend mit Volljährigkeit genommen. Sintenis §. 13. Nr. IV. 2. Kraut Vormundschaft I. S. 154 fg. Die letzte ist in vielen Particularrechten auf das 21. oder 24. Jahr verlegt. Unger §. 37. Nr. 4. Roth Civ.R. §. 24. [2. Aufl. §. 26.] vgl. Serafini nota 4. zu §. 36.

[[2a] Doch blieben gewisse abweichende im Privatfürstenrecht bestimmte Termine unberührt. §. 2. des Ges. Mandry S. 2 fg.]

[[2b] Ob der Minderjährige, der unter öffentlicher Autorität selbständig ein Gewerbe betreibt, innerhalb des Gewerbebetriebs und in Beziehung auf solchen die Rechts-

[a] L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. [b] L. 1. § 2. 3. D. de minorib. 4. 4. cf. L. 5. Cod. quando dies leg. 6. 53. (legitima aetas). [c] Cod. de his qui veniam aetatis impetraverunt. 2. 44 (45). [d] L. 3. 4. Cod. l. c. [e] L. 1. §. 2. D. de admin. 26. 7. L. 14. D. de sponsal. 23. 1. L. 18. pr. §. 4. Cod. de iure delib. 6. 30. cf. L. 6. D. rem pup. 46. 6. L. 8. Theod. Cod. de matern. bon. 8. 18. [f] L. 40. §. 1. D. de adopt. 1. 7. L. 14. §. 1. D. de aliment. leg. 34. 1. cf. L. 57. D. de re iud. 42. 1. [g] §. 10. J. de inutil. st p. 3. 19. §. 18. J. de obl. ex delicto 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 13. §. 1. D. de dolo malo 4. 3. [h] z. B. L. 15. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 8. D. de testib. 22. 5. L. 2. §. 1. D. de vacat. 50. 5. u. a.

stellung eines Volljährigen erhalte? Mandry a. a. O. S. 11 fg. Bähr krit. Vjschr. XXV. S. 542 fg.]

[3] Vgl. darüber insbesondere gegen Unterholzner in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 3. die Heidelb. Jahrb. f. Lit. Bd. VIII. Jahrg. 1815. Nr. 42. S. 664 fg. und Savigny a. a. O. S. 29 .. 36.

[4] Vgl. Thibaut im civ. Arch. VIII. 2.

## §. 37.

### 3) Gesundheit.

Auch der Mangel der körperlichen und geistigen Gesundheit[a] einer Person kann juristisch bedeutend werden. Es besteht aber 1) der Mangel der körperlichen Gesundheit entweder in Krankheit im engern Sinn, morbus[b], insbesondere morbus sonticus[c], wenn die Krankheit zu einem juristischen Geschäfte untüchtig macht, oder in einem beständigen Gebrechen des Körpers, vitium[d], z. B. Taubheit, Blindheit, Stummheit, Zeugungsunfähigkeit (spadones, castrati, thlibiae et thlasiae)[e]. 2) Die geistige Krankheit besteht in einer Störung oder Schwächung der geistigen Kräfte, vermöge deren die Person entweder einer geordneten Willensbestimmung gänzlich unfähig, mentis suae non compos, wahnsinnig, blödsinnig, furiosus, demens, mente captus[f], oder doch der Leitung und des Beistandes eines andern bedürftig ist[g], fatuus, stultus, simplex, auch wohl mente captus. Zu solchen geistig kranken Personen wird [in gewissen Beziehungen] auch der gerichtlich erklärte Verschwender gezählt, is cui a praetore bonis interdictum est, prodigus, sc. civiliter talis[h].

Anm. Vgl. überhaupt Savigny III. S. 83 .. 90. §. 112.

### 4) Verwandtschaft.

## §. 38.

#### a) Begriff und Arten[a].

Verwandtschaft (cognatio) ist die gegenseitige Beziehung, welche unter zwei Personen durch Abstammung der einen von der andern oder

[a] L. 45. §. 4. D. de excusat. 27. 1. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. [b] L. 101. §. 2. D. de V. S. [c] L. 113. D. de V. S. L. 60. D. de re iud. 42. 1. L. 65. §. 1. D. de aed. ed. 21. 1. L. 46. D. de iud. 5. 1. [d] L. 101. §. 2. cit. [e] §. 9. J. de adopt. 1. 11. und Theoph. ad h. l. L. 2. §. 1. L. 40. §. 2. D. de adopt. 1. 7. L. 128. D. de V. S. cf. L. 6. §. 2. L. 7. D. de aed. ed. 21. 1. L. 39. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 6. pr. §. 1. D. de lib. et post. 28. 2. [f] §. 8. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. 40. D. de R. J. cf. L. 20. D. de statu hom. 1. 5. L. 25. Cod. de nupt. 5. 4. L. 28. Cod. de episcop. aud. 1. 4. tit. Dig. de curat. furios. 27. 10. [g] §. 4. J. de curat. 1. 23. L. 45. §. 2. D. de excusat. 27. 1. L. 2. D. de postul. 3. 1. L. 19. §. 1 ... L. 21. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. [h] §. 3. J. de curat. 1. 23. §. 2. J. quib. non est permiss. fac. test. 2. 12. cf. Gai. I. 53. i. f. Ulp. XII. 2. 3. Paul. sentt. III. 4[a]. §. 7.

[a] J. de gradibus cognationis. 3. 6. Dig. de gradibus et affinibus. 38. 10. X. de consanguinitate et affinitate. 4. 14; [vgl. unten §. 398.].

beider von demselben Dritten oder auch durch ein juristisch jener gleichwirkendes Ereigniß begründet ist, während unter Schwägerschaft (affinitas) nur das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des andern verstanden wird[1]. Die Verwandtschaft ist 1) entweder eine eheliche oder uneheliche[b], 2) entweder eine natürliche oder künstliche (Adoptivverwandtschaft)[c], 3) entweder Verwandtschaft in aufsteigender oder absteigender Linie (linea superior, ascendens, oder inferior, descendens), oder in der Seitenlinie (linea transversa, obliqua), daher Ascendenten, Descendenten, Seitenverwandte oder Collateralen[2]; die letzten aber können entweder vollbürtige oder halbbürtige sein[3]; 4) entweder einfache oder mehrfache Verwandtschaft[4]; 5) entweder Cognation im engern Sinn oder Agnation, welche letzte aber im neuesten Justinianischen Recht ihre Wichtigkeit verloren hat[d]. Den Grad der Verwandtschaft zwischen zwei Personen berechnet das römische Recht durchgängig nach der Anzahl der ihre Entstehung bewirkenden Zeugungen oder Generationen[e] (computatio civilis), das canonische Recht aber in der Seitenlinie nach dem Grade der Verwandtschaft beider zu dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten[f]. Die Grade der Schwägerschaft berechnet man nach dem Grade der Verwandtschaft des einen Affinen mit dem Ehegatten des andern.

Anm. [1] Auch das Verhältniß unter den Ehegatten selbst? Fragm. Vat. §. 218. 262. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 15. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. Vgl. Sell im Arch. für civ. Praxis. XXII. S. 237 fg.

[2] *Respectus parentelae.* §. 5. J. de nupt. 1. 10. Dirksen Beiträge. Nr. 6. S. 248 fg.

[3] Nach moderner Terminologie: *germani, consanguinei, uterini;* nach römischem Sprachgebrauche ist auch der vollbürtige Bruder consanguineus.

[4] Ueber den Unterschied der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtschaft von der einfachen und mehrfachen Blutsverwandtschaft vgl. Hugo Magazin IV. 7. 16. Fritz in Linde's Zeitschr. XV. 2.

## §. 39.

### b) Vermuthung der Verwandtschaft.

Wer mit einer Frau in gültiger Ehe lebte, gilt vermöge juristischer Vermuthung für den Vater des Kindes, welches von jener nach Ablauf von 181 Tagen seit Eingehung der Ehe und vor Ablauf von 10 Monaten seit Auflösung der Ehe geboren ist[1]. Gegen diese Vermuthung ist jedoch der Gegenbeweis zulässig, daß das Kind nicht vom Ehemanne erzeugt

[b] §. 12. 13. J. de nupt. 1. 10. Cod. de liberis natural. 5. 27. Nov. 89. [c] J. de adoption. 1. 11. Dig. 1. 7. Cod. 8. 47 (48). X. de cognatione legali. 4. 12. cf. X. de cognatione spirituali. 4. 11. [d] J. de legitima agnatorum tutela. 1. 15. de legit. agnat. succ. 3. 2. Nov. 118. [e] L. 1. sqq. D. h. t. [f] C. 35. qu. 5., cap. 9. X. h. t. 4. 14.

sein könne[2]. Die außereheliche Zeugung begründet dagegen keine eigentliche rechtlich wirksame Verwandtschaft des Erzeugten mit dem Erzeuger, während zwischen der Mutter und dem unehelichen Kinde allerdings wahre Cognation besteht[3].

Anm. [1] L. 12. D. de statu hom. 1. 5. Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est; . . . et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse. — L. 3. §. 11. 12. D. de suis. 38. 16. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum. Daher die Regel: Pater . . . . est, quem nuptiae demonstrant. L. 5. D. de in ius voc. 2. 4. Seuffert's Archiv II. 254. Gegen die bisherige Theorie behauptet Stintzing in den dogmat. Jahrb. IX. 3. S. 416 fg., jene Regel gelte vom Beginn der Ehe an, so daß für jedes von der Ehefrau nach Eingehung und vor Ablauf von 10 Monaten nach Auflösung der Ehe geborene Kind die Vermuthung streite, daß es vom Ehemann erzeugt sei, jedoch bei dem vor dem 182. Tage nach Eingehung und vor Ablauf von 10 Monaten nach Auflösung der Ehe geborenen, lebensfähigen Kinde Gegenbeweis aus dem Grad der Reife zulässig sei. Diese Behauptung erscheint gegenüber den citirten Stellen nicht haltbar. Windscheid §. 56b. A. 3. Vgl. übrigens noch Wächter (Fitting) im civ. Arch. L. S. 1 fg. Burckhardt d. civilistischen Präsumtionen S. 337 fg. 359 fg. [W. Fuchs die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft nach röm. und neuerem Rechte mit bes. Berücks. des österr. Rechtes. Wien 1880. Drbr. Chorinsky in d. Wiener Ztschr. VII. S. 598 fg.]

[2] L. 6. D. de his qui sui vel. al. iur. 1. 6. Filium eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua: placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, vel (*Hal.* velut) si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. Cf. L. 29. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 12 (11). §. 9. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. — Puchta §. 41. Seuffert's Arch. I. 161 . . 163. V. 175. IX. 124. X. 170. XIX. 9. [Fuchs §. 6 . . 8.] Unzulässig ist der Gegenbeweis, der sich blos auf die Reife des Kindes stützt. Wächter a. a. O. S. 6 . . 13. Burckhardt a. a. O. S. 342 fg. [Fuchs §. 9. 10.]. Seuffert's Arch. VIII. 229. XIII. 123. XVII. 115. XVIII. 109. Vgl. jedoch XI. 11. XII. 161. — Ueber Anwendung der gleichen Norm auf unehel. Kinder das. XIII. 123. XV. 98. XVII. 115. Busch S. 25. [Nr. 8.]

[3] §. 12. J. de nupt. 1. 10. Quales sunt ii, quos mater vulgo concepit; nam nec hi patrem habere intelliguntur . . . quasi sine patre filii. Vgl. L. 4. in f. D. de in ius voc. 2. 4. L. 4. D. unde cogn. 38. 8. Jedoch: §. 10. J. l. c. Die in einer ungültigen Ehe geborenen Kinder werden nach canonischem Recht als eheliche angesehen, wofern den vermeintlichen Ehegatten oder auch nur einem derselben die Nichtigkeit der Ehe unbekannt war. C. 2. 8. 10. 14. X. qui filii sint legit. IV. 17.

## §. 40.

### 5) Wohnsitz[a].

Wohnort (domicilium) einer Person ist der Ort, welcher den Mittelpunkt ihres bürgerlichen Lebens und ihrer Geschäfte bildet[1]. Man kann sich denselben nach seinem Belieben wählen, durch die That verbunden mit der entsprechenden Absicht (domicilium *voluntarium*), und so wird er auch durch entgegengesetzte That aufgehoben[b]. Manche Personen aber haben ihren Wohnsitz gesetzlich an einem bestimmten Orte, ohne Rücksicht auf eigene Wahl, domicilium *necessarium*[c]. Der Wohnort kommt in Betracht theils bei der Frage nach dem Gerichtsstand einer Person, theils bei der Frage nach dem Rechte welches Ortes deren Rechtsverhältnisse zu beurtheilen seien?[2] Bald mit Rücksicht auf den Wohnort, bald aber auch relativ mit Rücksicht auf andere Umstände [§. 161. 390.] bestimmt sich der Begriff der Anwesenheit und Abwesenheit (praesentia, absentia).

Anm. [1] L. 203. D. de V. S.... eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset. L. 7. Cod. h. t. Cives quidem origo, manumissio, allectio, adoptio, incolas vero.... domicilium facit. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari iam desiit. Cf. L. 17. §. 13. L. 27. §. 1. D. h. t. Gleichzeitig mehrere Wohnsitze: L. 5. 6. §. 2. L. 27. §. 2. D. h. t. — Ueber *origo* und *domicilium* (municipes und incolae, ius originis und ius incolatus) nach römischem und heutigem Recht vgl. Savigny VIII. S. 39..66. 89 bis 95. [Bähr Wohnsitzrecht und Heimathrecht, in den dogm. Jahrb. XXI. 3. S. 343 fg.]

[2] Savigny VIII. S. 57..89 (röm. Rt.), S. 95 fg. (heut. Rt.); vgl. Wächter Württ. Pr.R. II. §. 18..20. [Pand. §. 31.] Unger I. §. 22. 23. Bar das internationale Privat- und Strafrecht. 1862. §. 29..31, ders. in der krit. Vjschr. XV. S. 1 fg. Windscheid §. 34..36. Roth Civ.R. §. 16. [2. Aufl. §. 17. Syst. §. 51.] Brinz (2. Aufl.) §. 22. 23. und dazu Arndts in d. Wiener Ztschr. I. S. 492 fg. [Böhlau Mecklenb. Landr. I. S. 415..495. Asser das internat. Privatrecht... bearbeitet aus dem Holländischen v. M. Cohn. 1880. (Drbr. Wöldernдorff in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 184 fg.) Bar in Holtzendorffs Encyklopädie 4. Aufl. 1882. S. 673..718. Mandry Reichsges. S. 47 (2. Aufl. S. 62) fg.]

[a] Dig. ad municipalem et de incolis. 50. 1. Cod. de incolis. 10. 40 (39). [b] L. 20. 27. §. 2. in f. L. 31. D. h. t. [c] L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. h. t. — L. 3. 4. L. 17. §. 11. ibid. — L. 23. §. 1. D. h. t. — L. 22. §. 3. cf. L. 27. §. 3. ibid.

## II. Von den juristischen Personen.

### §. 41.

### A. Nähere Bestimmung des Begriffs. Arten[1].

Alles Recht besteht der Menschen wegen[2]; Menschen sind die natürlichen Subjecte von Rechten. Die Fähigkeit insbesondere, Vermögensrechte und ein Vermögen zu haben, kommt ihnen zu, weil ihnen dieses ein Mittel ist, ihre individuellen Bedürfnisse und Lebenszwecke zu befriedigen, zu erreichen, und dazu dient mittelbar selbst auch die Möglichkeit, Verbindlichkeiten einzugehen. Nun gilt es aber im Leben vielfach Zwecke zu fördern, die zwar mittelbar auch einzelnen Menschen dienen, die aber doch über die individuellen Bedürfnisse und Lebenszwecke der Einzelnen hinausgehen und zu deren Erreichung es ebenfalls äußerer Mittel (Güter) bedarf. Zu sicherer und dauernder Förderung solcher Zwecke ist es geeignet, Vermögen und Vermögensverhältnisse anzuerkennen, die, nicht an einen oder auch mehrere einzelne Menschen als Subjecte derselben geknüpft, zunächst und unmittelbar nur jenem weitergreifenden Zwecke dienen, aber doch ganz analog, wie solche einem einzelnen Menschen beigelegt werden, Vermögensrechte und Verbindlichkeiten in sich begreifen. Indem man aber von Rechten und Verbindlichkeiten spricht, deren Träger doch nicht ein einzelner Mensch ist, hat man schon von selbst und unwillkürlich eine Personification vollzogen, ein Subject nämlich von Vermögensverhältnissen, ein Rechtssubject angenommen, das als solches nur in der juristischen Vorstellung besteht, nur ein intellectuelles, nicht ein natürliches Dasein hat. Solche Rechtssubjecte nennt man juristische Personen[3]. Sie erscheinen in der Rechtstheorie, im Vermögensrecht[4], als selbständige, rechtsfähige Individuen neben den einzelnen Menschen[5] und unterliegen gleich diesen im Allgemeinen denselben privatrechtlichen Normen, wodurch jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß in einer oder andern Beziehung für sie etwas Besonderes gelte, namentlich in Ansehung des Umfangs ihrer Rechtsfähigkeit eine Verschiedenheit stattfinde[6].

Als ein Rechtssubject dieser Art stellt sich nun vor Allem der Staat selbst dar, für welchen als Gesammtheit Vermögensverhältnisse angenommen werden, deren Träger weder diese oder jene einzelnen noch alle Staatsmitglieder, jedes zu seinem Theile, sind; anstatt desselben wird aber gewöhnlich, gleichsam im Gegensatze zu dem Staate als politischem Wesen, der Fiscus, d. i. das gesammte Staatsvermögen, als Subject jener Vermögensverhältnisse genannt und somit als juristische Person vorgestellt[7]. Dem Staate zunächst stehen als politische Glieder oder Be-

standtheile desselben die **Gemeinden**, Stadt- und Landgemeinden, oder auch größere, mehrere Gemeinden umfassende Bezirke, **Provinzen** (Kronländer in Oesterreich), insofern sie gesondertes Vermögen haben können. Wie aber die Gemeinden durch Vereinigung vieler zu einer Gesammtheit bestehen, so können auch zu manchfaltigen andern Zwecken Vereinigungen Mehrerer stattfinden und als Gesammtheiten im Gegensatze zu ihren einzelnen Mitgliedern eigene Rechtssubjecte vorstellen. Man nennt dergleichen juristische Personen überhaupt **Gemeinheiten** (universitates, **Corporationen**). Aber auch ohne Voraussetzung eines besondern Vereins mehrerer Menschen kann ein Güterinbegriff einem gewissen Zwecke gewidmet sein, zu dessen Sicherung und Förderung ein eigenes jenem Vermögen unsichtbar inwohnendes Rechtssubject angenommen wird. So ergibt sich eine andere Art juristischer Personen, die man **Stiftungen**, piae causae, nennt. Indessen sind diese verschiedenen Arten juristischer Personen nicht streng zu scheiden; eine Art kann wohl in die andere übergehen oder auch dieselbe juristische Person nach Verschiedenheit der Auffassung unter die eine oder andere Art gestellt werden[8].

Ein Anlaß zu einer gleichen Personification ergibt sich außerdem noch, wenn ein Vermögen, nicht für bestimmte Zwecke, sondern für eine Person als Ganzes zusammengehalten werden soll, einstweilen aber noch von dieser nicht erworben ist[9].

Anm. [1] Vgl. überhaupt **Savigny** §. 85 . . 102. Bd. II. S. 235 . . 373. und dazu **Puchta** in d. krit. Jahrb. IV. S. 701 . . 715, im Art. Corporation (Rechtslexikon Bd. III. S. 65 . . 79, kl. civ. Schriften Nr. 28), Vorles. §. 25 . . 28. **Windscheid** §. 49. 57 . . 62., **Salkowski** Bemerkungen zur L. v. d. jur. Personen. 1863. **Stobbe** Privatrt. I. §. 49 . . 62. **E. Zitelmann** Begriff und Wesen der sg. jur. Personen. 1873; [darüber **Harum** in d. Wiener Ztschr. I. S. 207 fg.]; mit particularrechtlicher Beziehung **Pfeifer** d. L. v. d. jur. Personen nach gem. u. württ. Rt. 1847. **Unger** I. §. 42 . . 44. **Dernburg** §. 49 . . 59. **Roth** Civ.R. §. 32 . . 47. [2. Aufl. §. 34 . . 48. System §. 71 . . 73. **Bolze** d. Begriff d. jur. Person. 1879. (Drbr. **Krasnopolski** in d. krit. Vjschr. XXII. S. 188 fg.) **Wächter** §. 53 . . 58. Vgl. auch **Böhlau** Mecklenb. Landr. II. III. §. 149 . . 238.]

[2] L. 2. D. de statu hom. 1. 5. „hominum causa omne ius constitutum". Vgl. §. 12. J. de iure nat. 1. 2.

[3] Dies ist die jetzt übliche Bezeichnung. **Windscheid** zieht den Ausdruck „**fingirte** Person" vor. Früher war ganz gewöhnlich „**moralische** Person", auch sagte man wohl „**mystische** Person." In unserer Zeit aber ist selbst der Begriff der juristischen Person lebhaft angefochten worden. **Brinz** Pand. (1. Aufl.) S. XI. verglich sie einer Vogelscheuche und setzte S. 172 an deren Stelle den Begriff „Zweckvermögen". Ihm folgten Mehrere, namentlich **Demelius** in der Schrift „die Rechtsfiktion" (1858) S. 84 fg., der auch zuerst versuchte, die Lehre von den sog. jur. Personen nach dieser Auffassung im Einzelnen auszuführen (in den dogmat. Jahrb. IV. 2). Dann erschien die Theorie

vom Zweckvermögen von Brinz selbst ausführlich und gründlich entwickelt in dessen Lehrb. 1. Aufl. S. 979 . . 1150. [Neuestens meint Bolze a. a. O. die juristische Person „getrost zu den Todten legen" zu können.] Indessen hat diese neue Lehre eine Reihe von Erörterungen hervorgerufen, welche theils die bisher herrschende Auffassung im Wesentlichen vertheidigten — namentlich Unger in der krit. Ueberschau VI. 9. vgl. dessen Erbr. §. 7. Anm. 5 . . 14. Arndts in d. krit. Vjschr. I. S. 93 fg. civilist. Schriften I. S. 16 . . 26. [vgl. auch Windscheid §. 49. A. 5. Dernburg §. 49. A. 2, Zródłowski I. S. 126 fg., Baron 3. Aufl. S. 53., Roth Syst. I. S. 385., Wächter I. S. 238 fg., Bierling z. Kritik der jur. Grundbegriffe II. S. 75 fg., bes. S. 91 fg. 113 fg.] — theils verschiedene andere Auffassungen darlegten — Bekker z. L. vom Rechtssubject, Genuß und Verfügung, Zwecksatzungen, Zweckvermögen und jur. Personen, in d. dogm. Jahrb. XII. 1., Böhlau Rechtssubject und Personenrolle (Weimar 1871) u. im civ. Arch. LVI. 10., vgl. Zitelmann a. a. O. — In der That ist die sog. „juristische Person" oder wie man das „Ding" sonst nennen mag, nicht ein erkünstelter Begriff, ein „fachmännisches Kunstprodukt", eine „unwissenschaftliche Fiktion", sondern wissenschaftlicher Ausdruck dessen, was sich im Rechtsleben mit einer Art von Nothwendigkeit gestaltet hat. Wenn man von Rechten und Verbindlichkeiten, von Gütern, Vermögen, Vermögensfähigkeit des Staates, der Gemeinden u. s. w. spricht, so personificirt man, und das so personificirte nur im Begriff aufzufassende Wesen ist nichts anderes als unsere juristische Person. Auch Brinz hat denn schon in der 1. Aufl. S. 994 fg. anerkannt, daß solche Personification im röm. Recht im weitesten Umfang geübt worden ist, daß auch unter uns das „Zweckvermögen" stets so behandelt worden sei, als ob es „einem bewußt oder unbewußt zum Subject und damit zur Person erhobenen unpersönlichen Dinge" gehöre, mit dem Zusatz: „hieran braucht auch nichts geändert zu werden", und in d. 2. Aufl. I. §. 59 . . 63. auch schon in der allgemeinen Lehre von den Personen die Personificationen ausführlich besprochen, und damit die sog. jur. Personen als eine Art von gedachten Rechtssubjecten gegenüber den (allein Personen seienden) einzelnen Menschen selbst wieder halb in's Leben gerufen. Vgl. darüber Arndts in d. Wiener Zeitschr. I. S. 494 bis 503. Auch die neueste Gesetzgebung gibt die juristischen oder moralischen Personen nicht auf. [Vgl. insbes. die einschlagenden Bestimmungen der neuen Reichsgesetze bei Mandry Reichsgesetze S. 113 . . 124. (2. Aufl. S. 142 . . 183.)] — Eine andere Ansicht über die juristische Person stellt Jhering auf, Geist des R. R. III. S. 209 fg. 314 fg. 330 fg.: die wahren Subjecte der Rechte, als deren Trägerin nach Außen hin jene erscheint, sollen die einzelnen Menschen sein, zu deren Genusse jene bestimmt sind, sofern dieses ihr Interesse rechtlich geschützt ist. Dagegen Randa [in Siebenhaar's] Arch. f. deutsches Wechsel- und Handelsrecht XV. S. 339 fg. Brinz S. 984 fg. [Vgl. hier überhaupt noch Gierke Genoss. R. III. bes. §. 6.]

[4] „Die juristische Person . . . kann nie Subject solcher Rechte sein, welche leibliche Individualität . . . voraussetzen, z. B. sie kann keine Familiengewalt über Freie haben, nicht Ehe eingehen . . . . Dagegen konnte die jur. Person solche Familienrechte haben, welche bloß Folgen von Vermögensrechten waren, wie z. B. die potestas in servum und folgeweise den Patronat". Böcking Inst. I. §. 30. A. 7. Allerdings aber können juristische Personen „auch Träger von Gewalten und Befugnissen" (eben so auch von Verpflichtungen) „sein, welche dem öffentlichen Rechte angehören. Für das öffentliche Recht ist der Begriff der jur. Person nicht minder wichtig, als für das Privatrecht". Windscheid §. 57. A. 1. vgl. Roth Civ. R. §. 32 [2. Aufl. §. 34.] a. A.

[5] L. 22. D. de fideius. 46. 1. Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas. L. 16. D. de V. S. 50. 16. „civitates enim privatorum loco habentur“, was hier zwar zur Erklärung des Satzes: „bona civitatis abusive publica dicta sunt“ (L. 15. ibid.) gesagt wird, aber doch zugleich ausspricht, daß Städte, insofern sie bona haben, gleich Privatpersonen zu achten sind. — Streitfrage: ob auch Grundstücke, insofern ihnen Dienstbarkeiten zustehen oder darauf haften, Privilegien damit verbunden sind oder Reallasten darauf ruhen, als jur. Personen anzusehen sind? Heise Grdr. I. §. 98. Böcking Inst. §. 62. d. Pand. I. §. 38. Dagegen mit Recht Savigny §. 103. Puchta §. 27. not. m. „Diese schon ihrem Resultat nach höchst widernatürliche Ansicht bedarf kaum einer Widerlegung“; wogegen freilich Böcking: „Unbegründete Aburtheilung ist gewiß kaum eine Widerlegung“. Vgl. z. B. a) L. 12. D. de serv. 8. 1. „Fundo... servitus adquiritur“, L. 31. D. de s. p. r. 8. 3. „num imus fundus id ius aquae amisisset“, u. a.; L. 30 (31). §. 7. D. de neg. gest. 3. 5. „sententia praedio datur“; L. 7. pr. D. de publican. 39. 4. „in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri“, dagegen b) L. 17. §. 3. D. de s. p. u. 8. 2. „hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere“; L. 5. §. 9. D. de op. n. nunt. 39. 1. „ius suum diminuit, alterius auxit, hoc est, ... servitutem aedibus suis imposuit“; L. 86. D. de V. S. Quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? und L. 4. §. 5. D. fin. reg. 10. 1. „magis fundo quam personis fines adiudicari intelliguntur“. Auch der Ausdruck „pecori debetur appulsus“ findet sich in L. 1. §. 18. D. 43. 20., und „ager itineri servit“ in L. 13. §. 1. D. 8. 3. Wer den Ausdruck „praedium serviens“ urgirt, müßte consequent auch die bewegliche Sache, quae personae servit, zu den jur. Personen zählen. Vgl. noch Elvers röm. Servitutenlehre I. S. 95 fg. und Kuntze in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 549 fg. Windscheid §. 57. A. 10.

[6] Ueber den Umfang der Rechtsfähigkeit juristischer Personen vgl. Savigny II. §. 90..95. Keller §. 37.

[7] [Vgl. nun in Beziehung auf das deutsche Reich z. B. das Gesetz v. 25. Mai 1873 und dazu Mandry a. a. O. S. 114. (2. Aufl. S. 144) fg. und Dernburg 2. Aufl. §. 57 a. E.] Streitig: ob im Privatrecht als besondere juristische Personen in Betracht kommen a) die (successiven) Inhaber der Staats- oder Kirchengewalt? L. 56. D. de legat. II. (31). Quod principi relictum est, qui, antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ... successori eius debetur. cf. L. 57. eod. Si Augustae legaveris et ea inter homines esse desierit, deficit quod ei relictum est. cap. 5. de rescript. in 6to. Sedes ipsa (apostolica) non moritur. b) die (gleichzeitigen oder successiven) Inhaber sonst einer obrigkeitlichen Gewalt, Aemter? L. 25. D. ad municip. 50. 1. Magistratus municipales, quum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem sustinent. cf. L. 20. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. — Mühlenbruch §. 196. A. 1. Göschen I. S. 201. Böcking Inst. §. 62. *h. k.* Dagegen Savigny §. 103. Vgl. Windscheid §. 57. A. 3. Seuffert's Arch. XXII. 211. 246. XXIV. 106.

[8] z. B. der Staat als Gesammtheit der Staatsbürger (populus) oder Fiscus (aerarium), die Kirche oder Kirchengemeinde, eine Universität als universitas personarum oder als Anstalt. Windscheid §. 57.

[9] Ueber die Frage, ob die Erbschaft (sog. hereditas iacens) als jur. Person anzusehen sei, s. unten §. 465. Anm. 1.

## B. Von einzelnen Arten juristischer Personen insbesondere.

### 1) Gemeinheiten. Universitates[a].

### §. 42.

#### a) Wesen derselben.

Eine Gemeinheit, universitas[b], Corporation[1], ist eine juristische Person, welche durch Vereinigung einer Mehrheit natürlicher Personen zu einem idealen Rechtssubject gebildet wird, z. B. Städte[c], Dörfer[d], d. i. Gemeinden im vorzüglichen Sinn[2], Zünfte und manchfaltige andre Vereine, Collegia[e]. Die Corporation aber ist ein von ihren einzelnen Mitgliedern verschiedenes und ungeachtet des Wechsels derselben stets ein und dasselbe Rechtssubject[f]. Die Mitglieder sind nicht pro parte Subjecte der Vermögensverhältnisse der Gesammtheit[g]; vielmehr können sie wie fremde Personen zu dieser selbst in besondere Rechtsverhältnisse treten wie zu andern Privatpersonen[h]. Welche Verpflichtungen aber und welche Vortheile die Mitglieder der Corporation als solche haben, darüber gibt es keine allgemeine Regel; innerhalb des Begriffs der Corporation ist die größte Manchfaltigkeit der Verhältnisse möglich; es ist insbesondere mit dem Wesen der Corporation auch wohl vereinbar, nicht nur, daß dieselbe allein oder vorzugsweise den Privatvortheil der Mitglieder bezwecke (daher man wohl Privatcorporationen und öffentliche Corporationen unterscheiden mag), sondern auch, daß den Mitgliedern bestimmte Theilansprüche an den Nutzungen oder dem Gewinn des Corporationsvermögens und im Falle der Auflösung an diesem selbst zustehen[3]. Auch kann in Ansehung des Umfangs der Rechtsfähigkeit[4] unter Corporationen verschiedener Art ein Unterschied bestehen.

Anm. [1] Der Ausdruck corporatio findet sich in Nov. Severi II. (corp. iur. anteiust. vol. II. p. 339. „publicae corporationis"); corpus aber als Bezeichnung der Gesammtheit kommt schon im klassischen Sprachgebrauch und corporati für die Mitglieder in den spätern Rechtsquellen häufig vor. Vgl. not. a. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. L. 1. pr. §. 1. D. h. t. 3. 4. „Collegia, .... quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est," . . .

[a] Dig. quod cuiuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur. 3. 4. ad municipalem. 50. 1. et sqq., de collegiis et corporibus. 47. 22. cf. Cod. de iure reipublicae. 11. 30 (29). de privilegiis corporatorum. 11. 15 (14). [b] L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t. 3. 4. cf. L. 1. Cod. de iudaeis. 1. 9. [c] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 16. D. de V. S. L. 27. 28 (26. 27). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 2. D. de poss. 41. 2. [d] L. 73. §. 1. D. de legat. I. (30). L. 2. §. 5. Cod. de iureiur. propt. cal. 2. 58 (59). cf. L. 30. D. ad municip. 50. 1. [e] L. 1. pr. D. h. t. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 17. §. 3. L. 41. §. 3. D. de excus. 27. 1. [f] L. 7. §. 2. D. h. t. cf. L. 76. D. de iud. 5. 1. [g] L. 1. §. 1. L. 2. 7. pr. §. 1. D. h. t. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18. [h] L. 9. D. h. t. L. 1. §. 15. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

„quibus .... permissum est corpus habere, collegii, societatis, sive cuiusque alterius eorum nomine.“

[2] Die Gemeinden werden als personae, publicae personae bezeichnet, z. B. persona coloniae bei den röm. Feldmessern (Ausg. von Lachmann I. S. 16, 54.). Die Stadtgemeinden heißen gewöhnlich respublicae, civitates, und am häufigsten municipes, d. i. die Gesammtheit der Bürger = respublica, sowohl in Colonien als in Municipien. Dörfer, vici, obwohl nach römischer Verfassung Bestandtheile eines Stadtgebietes, kommen doch zugleich auch als eigene jur. Personen vor (not. c. d.). Savigny §. 86.

[3] Corporationen dieser Art waren nach R. R. z. B. die societates publicanorum oder vectigalium publicorum, societates aurifodinarum, argentifodinarum, salinarum. L. 1. pr. D. h. t. 3. 4. L. 59. pr. D. pro soc. 17. 2. L. 60. (59). §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 1. §. 1. L. 9. §. 4. L. 13. pr. D. de publican. 39. 4. cf. L. 3. §. 4. D. de bon. poss. 37. 1. L. 31. §. 1. D. de furt. 47. 2. Vgl. R. Schmid im civ. Arch. XXXVI. S. 166 fg. Doch sind die Ansichten über das innere Wesen jener römischen Vereine vielfach abweichend. Rösler in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsrecht IV. S. 274 fg. Salkowski a. a. O. S. 29 fg. Brinz S. 1009 fg. M. Cohn zum röm. Vereinsrecht (1873) S. 155 fg. Pernice Labeo I. S. 295 fg. [Voigt die XII Tafeln II. §. 166 fg.] Gleich jenen können auch manchfaltige verwandte Gesellschaften heutiger Zeit, z. B. Handels- und Actiengesellschaften, Kunst- und Lesevereine u. dgl. m. unter den römischen Begriff der Universitas subsumirt werden. Man wollte darin eine ganz neue Art von juristischen Personen finden, die man durch den Namen „Genossenschaften“ zu der römischen Universitas in Gegensatz stellte, und von dieser dadurch unterschied, daß man den Mitgliedern ein sog. Gesammteigenthum, ein Theileigenthum, das aber doch nicht Miteigenthum und bei welchem das Recht auf Theilung ausgeschlossen sei, beilegte (z. B. Bluntschli deutsches Privatrecht §. 33 fg.). Aber die Idee dieses Gesammteigenthums beruht auf derselben noch unvollendeten Begriffsentwicklung, von der sich auch bei den Römern noch eine Spur zeigt, wenn sie die universi cives oder municipes als Subject des Volks- oder Gemeinde-Eigenthums nennen (vgl. dazu Gerber in Linde's Ztschr. n. F. XII. 7. = Gesammelte jurist. Abhandlungen I. Nr. 6. S. 188 fg.). Es ist ferner unnöthig (mit Unger I. §. 43.), zu der Idee von Collectivgesellschaften oder Gesellschaften mit collectiver (formeller) Personeneinheit seine Zuflucht zu nehmen, welche uneigentliche juristische Personen genannt werden, in der That aber genau besehen eigentliche sind, und Unger selbst hat denn auch dieses Zwitterwesen wieder aufgegeben in der krit. Ueberschau VI. S. 171 fg. 180. Doch vgl. wieder Salkowski a. a. O., auch Gerber deutsches Privatr. 8. Aufl. §. 198., und darüber Kuntze in d. krit. Vjschr. VI. S. 66 fg. [Neuestens findet Römheld im pract. Archiv N. F. XIII. 17. S. 362 fg. gemischte Vereinigungen oder Gesellschaften mit Corporationsrechten in den Ortsviehversicherungsgesellschaften, den Bezirkssparkassen mit Haftbarkeit der Gemeinden und den vor dem Eintrag in das Register in Thätigkeit getretenen Genossenschaften.] Andere glauben, um die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse jener modernen Vereine zu construiren, mit einer Modification der Grundsätze über den Gesellschaftsvertrag auszureichen (Schmid im civ. Arch. XXXVI. 8. Thöl Handelsrecht I. §. 44 fg. 5. Aufl. 1875 §. 121 fg.). [Von diesem Gedanken geht auch aus Wächter Pand. I. S. 245 fg., so lange der Verein nicht geradezu als jur. Person constituirt sei.] Aber nicht nur ist die Annahme einer jur. Person an sich einfacher und zugleich einer sehr geläufigen Vorstellung entsprechend,

sondern auch in einigen Beziehungen fast unabweislich, z. B. in Ansehung der Eintragung des Grundeigenthums der Gesellschaft in öffentlichen Büchern, der Theilnahme solcher Personen, welche im Erwerb von Grundbesitz beschränkt sind, der Bestellung von Servituten für die Mitglieder an Sachen der Gesellschaft und umgekehrt. Unger §. 43. A. 18. und in d. krit. Ueberschau VI. S. 179 fg. H. Witte in Goldschmidt's Ztschr. VIII. S. 2 fg., und vorzüglich Renaud das Recht der Actiengesellschaften 1863 (2. Aufl. 1875) und darüber Kuntze a. a. O. S. 53 fg. [Grünhut in d. Wiener Zeitschr. III. S. 352 ffg. und Laband krit. Vjschr. XVIII. S. 133 fg.] Windscheid §. 58. A. 3. 5. Roth Civ.R. 1. Aufl. §. 45. u. z. L. v. d. Genossenschaft, 1876. [(darüber H. M. Schuster in d. Wiener Ztschr. IV. S. 547 fg. 769 fg.) Bierling z. Krit. d. jur. Grundbegr. II. S. 108 fg.] Derselben Ansicht neigen sich auch vom Standpunkt des „Zweckvermögens" zu Demelius in d. dogm. Jahrb. IV. S. 130 fg. Bekker in Goldschmidt's Zeitschr. IV. S. 557 fg., dagegen aber Brinz S. 1036 .. 1041., mit dem merkwürdigen Schlusse: „daß der Actionär nun gegen die Eisenbahn keine Servituten mehr erwerben kann" (auch die Eisenbahn nicht gegen den Actionär?) „ist wahr, aber kein Unglück". Vgl. insbes. über Handelsgesellschaften und „nicht kaufmännische sog. Collectivgesellschaften" Randa im Arch. f. Wechselrecht XV. S. 1 fg. S. 337 fg. [G. Lehmann über das Rechtsgewand d. offenen Handelsgesellsch. 1882.] und überhaupt Stobbe §. 58 .. 61. [Ueber „eine Classe von Corporationen, welche sich an einzelne Rechtsinstitute anschließen und deren Einrichtungen im Einzelnen durch Gesetz (z. B. die Reichsgewerbeordnung v. 21. Juni 1869, das Reichsges. v. 7. April 1876 u. s. f.) geregelt sind, nach welchem ihre Rechtsverhältnisse ausschließlich sich richten" (z. B. Innungen, Hilfskassen) vgl. Roth Civ.R. 2. Aufl. §. 45 (vgl. auch §. 43. Note 10), Mandry Reichsges. 2. Aufl. S. 146 .. 162; über Wirthschafts- und Erwerbsgenossenschaften ebda. S. 162 fg. Ueberhaupt endlich Gierke das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. I. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. 1868. Bd. II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffes. 1873. Bd. III. Die Staats- und Corporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland. 1881. Darüber Lewis krit. Vjschr. XVI. S. 561 fg. XVII. S. 87 fg. Landsberg Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Germ. Abth. S. 244 fg.]

[4] Vgl. Savigny §. 90 .. 95. Pfeifer S. 98 .. 112. Unger I. S. 340 fg. Brinz §. 235. 236.

## §. 43.

### b) Vertretung der Gemeinheiten.

Damit die Corporation, die keinen natürlichen Willen hat[a], juristischer Handlungen fähig werde, bedarf es einer Vertretung derselben durch natürliche Personen[1], so daß, was diese als Repräsentanten jener beschließen und thun, als Beschluß und Handlung der Corporation gilt[b]. Die Art und Weise dieser Vertretung wird zunächst durch die Verfassung der Corporation bestimmt, worüber das gemeine Civilrecht keine allgemeine Normen enthält[2]. Das Recht, Beschlüsse zu fassen, und Geschäftsführer zu wählen, soll aber jeder Corporation zustehen[c]; man muß daher,

[a] L. 1. §. ult. D. de poss. 41. 2. L. un. §. 1. D. de libertis univ. 38. 3. [b] L. un. §. 1. cit. L. 97. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 14. D. ad munic. 50. 1. [c] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de colleg. et corp. 47. 22.

in Ermanglung einer besondern Verfassungsnorm, die sämmtlichen willensfähigen Mitglieder der Corporation als die natürlichen Repräsentanten derselben ansehen, und die Entscheidung der Mehrheit derselben, wobei die auf gehörige Ladung nicht erschienenen, als hätten sie auf ihr Stimmrecht verzichtet, nicht mitzurechnen sind [3], als Beschluß der Gesammtheit gelten lassen[d], dessen Wirksamkeit jedoch noch durch Oberaufsicht des Staats beschränkt werden kann [4].

Anm. [1] [Unten §. 59. A. 2.] Die Theorie des Zweckvermögens spricht von „Vertretung des Zwecks" anstatt der Vertretung der jur. Personen. Brinz §. 239. S. 1111 fg.

[2] Was das römische Recht darüber enthält, bezieht sich auf die Stadtgemeinden; diese wurden vertreten durch ihren ordo decurionum, dessen Versammlung nur beschlußfähig war, wenn wenigstens zwei Drittel anwesend waren, von denen dann die absolute Mehrheit entschied. L. 3. 4. D. h. t. 3. 4. L. 2. 3. D. de decret. 50. 9. L. 45 (46). Cod. de decur. 10. 32 (31). Vgl. Savigny §. 96. 97. Mommsen die Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 411 fg. 425 fg. Auf andere Corporationen ist dies nicht anwendbar. Seuffert's Arch. XIV. 200. Uebrigens pflegt man Corporationen mit ausgebildeter Verfassung unrömisch universitates *ordinatae*, andere *inordinatae* zu nennen.

[3] Windscheid §. 59. „Einstimmigkeit ist nur erforderlich bei Beschlüssen, welche über den Corporationszweck hinausgehen." Vgl. Brinz S. 1115 fg.

[4] Vgl. Savigny §. 98 .. 100. Keller §. 38. 40., dazu Windscheid a. a. O. und Brinz §. 240. S. 1121 fg. [Genehmigung „der höheren Verwaltungsbehörde" nothwendig zu gewissen auf Abänderung des Innungsstatuts gerichteten Beschlüssen: R.Gewerbe-O. §. 92.]

## §. 44.

### c) Entstehung von Gemeinheiten. [1]

Eine Universitas entsteht durch die Vereinigung Mehrerer [2] für einen gemeinschaftlichen Zweck zu einer Gesammtheit, die durch die Rechtsordnung als ein eigenes von den Mitgliedern verschiedenes Rechtssubject anerkannt wird. Daraus folgt, daß ein Verein zu unsittlichem und widerrechtlichem Zweck, so wie jeder aus irgend welchem Grunde vom Staate verbotene Verein (collegium illicitum), niemals eine juristische Person bilden kann [3]. Dagegen kann nicht behauptet werden, daß es zur Entstehung der juristischen Person einer speciellen Anerkennung oder Verleihung der Corporationseigenschaft bedürfe. Diese kann vielmehr auch kraft eines Rechtsatzes (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) einem Vereine zukommen und ist gemeinrechtlich keinem erlaubten Vereine abzusprechen, der solchergestalt organisirt ist, daß ihm ein eigenes von dem der Mitglieder verschiedenes und gesondertes Vermögen beigelegt wird [4]. Bedarf es dazu nach staatlicher Vorschrift einer polizeilichen Genehmi-

[d] L. 160. §. 1. D. de R. J. L. 19. D. ad munic. L. 5. §. 2 (1). Cod. de legation. 10. 65 (63).

gung, so gehört diese freilich zu den thatsächlichen Voraussetzungen der Erlaubtheit des Vereins, also auch seines Bestehens als juristische Person, ist aber begrifflich etwas anderes, als die Verleihung der Corporationseigenschaft[5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny II. S. 275 fg. und Puchta im Rechtslex. III. S. 67. 68. Sintenis §. 15. Nr. II. Brinz S. 1063 fg. [Roth Syst. I. S. 409 . . 414.]

[2] Wie vieler? — L. 85. D. de V. S. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. „Aber diese Stelle will mehr einen Anhalt für die richterliche Beurtheilung als eine absolute Vorschrift geben." Windscheid §. 60. A. 6. Sie sieht auch nur auf die Zahl drei, um den Begriff des Collegium und somit die gesetzlichen Bestimmungen über Collegien auf eine Verbindung anzuwenden, die übrigens keine juristische Person zu sein braucht, sogar verboten sein kann; sie schließt nicht aus, daß auch ohne jene Zahl der Theilnehmer einer Verbindung zu bestimmtem Zweck juristische Persönlichkeit zukommen könne. Vgl. Stobbe §. 52. A. 1. 23. [2. Aufl. A. 1. 22.]

[3] L. 1. pr. D. h. t. 3. 4. Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur; nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum vel argentifodinarum vel salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. — L. 3. §. 1. D. de colleg. 47. 22. In summa autem, nisi ex Scti auctoritate vel Caesaris collegium . . . coierit, contra senatusconsultum et mandata et constitutiones collegium celebrat. Cf. L. 3. pr. ibid. Collegia si qua fuerint illicita . . dissolvuntur. Sed permittitur iis, quum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.

[4] Abgesehen von solchen Corporationen, deren Gründung vom Staate selbst ausgegangen ist oder die, wie die Gemeinden, gleichsam Glieder des Staates bilden, war es in neuerer Zeit herrschende Meinung, daß die juristische Persönlichkeit eines Personenvereins, insbesondere einer jeden Privatcorporation, durch specielle Staatsgenehmigung bedingt sei, und man fand dieses in den Stellen der A. 3. bestimmt anerkannt. Vgl. besonders Savigny und Sintenis a. a. O. Böcking Inst. I. §. 63. A. 6. Pfeifer a. a. O. §. 15. [Neuestens Roth a. a. O. S. 412 fg., der diese Ansicht jedoch nur für jene Corporationen aufstellt, deren Rechtsverhältnisse durch Gesetz nicht geregelt sind.] Allein nach L. 20. D. de reb. dub. 34. 5. („nulla dubitatio est, quod, si corpori, cui licet coire, legatum sit, debeatur") kommt es wesentlich nur auf die Erlaubtheit des Vereins an; „daß die erlaubten, um als Personen anerkannt zu werden, noch einer besondern Verleihung der Rechtsfähigkeit bedurft hätten, davon findet sich keine Spur." Windscheid §. 60. A. 3. a. E. Und wenn man auch in jenen Stellen den Satz findet, daß kein Collegium, wenn nicht speciell genehmigt, erlaubt gewesen sei, so kann doch diese staatspolizeiliche Vorschrift der römischen Kaiserzeit nicht als gemeinrechtlich recipirt gelten. Vgl. vorzüglich Unger in d. krit. Ueberschau VI. S. 148 fg. — Keller §. 39. räumt ein, daß es eine Zeit gegeben habe, „wo ganz gewiß das fragliche Requisit nicht geltend war." Versteht er die Zeit vor

der Reception des römischen Rechts? Daß die neuere Zeit sich zu strengerem Festhalten des Requisits staatlicher Genehmigung veranlaßt sah, kann ihm nicht den Charakter gemeinrechtlicher Geltung verschafft haben. Vgl. auch Windscheid §. 60. A. 2. a. E. [R.Gewerbe-O. §. 97. a. E.: „Neue Innungen erlangen durch die Bestätigung ihrer Statuten die Rechte einer Corporation". Dazu Mandry Reichsgeſ. S. 116. (S. jetzt Gesetz v. 18. Juli 1881 u. dazu Mandry 2. Aufl. S. 146 fg. 155.)]

[5] Vgl. Unger a. a. O. S. 153 fg. Erfordert man nicht mehr, als daß ein Verein polizeilich, wenn auch nur stillschweigend, genehmigt oder gebilligt sei, so hat die Streitfrage kaum noch eine praktische Bedeutung. Auch Sintenis I. S. 110. A. 24. sagt, „daß die staatliche Genehmigung resp. Bestätigung einer Corporation oder Stiftung ihr nicht gerade ausdrücklich die Eigenschaft einer jur. Person beizulegen braucht, sondern daß diese aus ersterer selbst folgt und damit zusammenfällt." Er erkennt demnach auch Aktiengesellschaften (genehmigte) als jur. Personen an (II. §. 121. A. 17. a. E.) Warum er dann aber (§. 15. A. 27.) „Freimaurergesellschaften, welche ... landesherrliche Genehmigung, und die geselligen Vereine, welche ... nach Einreichung ihrer Statuten obrigkeitliche Erlaubniß erhalten haben", nicht als jur. Personen gelten lassen will, ist nicht einzusehen. Wer ist denn Eigenthümer des Casino und seiner Einrichtung? vollends, wenn etwa nach den Statuten das ganze Vermögen des Vereins dem Armenfonds anheim fallen soll, im Fall der Verein sich auflöst?

## §. 45.

### d) Aufhebung von Gemeinheiten.

Eine Universitas kann aufgehoben werden 1) dadurch, daß alle Mitglieder derselben durch Tod oder rechtmäßigen Austritt wegfallen[1], 2) dadurch, daß ihr die Anerkennung der juristischen Persönlichkeit von Seiten des Staates entzogen wird[1a]; dies geschieht jedenfalls durch ein Verbot, kann jedoch auch ohne Verbot des Vereins als solchen durch die Verfügung geschehen, daß demselben die Corporationseigenschaft nicht ferner zugestanden werde, und wenn die Corporation nur unter bestimmten Beschränkungen, z. B. für eine gewisse Zeit oder unter auflösender Bedingung gestattet oder anerkannt worden ist, so kann deren Ende auch von selbst oder etwa nach besonderer Festsetzung zufolge eines richterlichen Erkenntnisses über das Vorhandensein der thatsächlichen Verhältnisse, mit welchen diese Folge verknüpft ist, eintreten[2]. Ein Corporationsbeschluß dagegen kann in der Regel nicht der Corporation das Leben nehmen[3]. Allerdings kann diese, wo kein öffentliches Interesse im Wege steht, durch gemeinschaftlich beschlossenen Austritt aller Mitglieder geendet werden, aber darin kann selbst die sonst beschlußfähige Mehrheit der Mitglieder (§. 43) der Minderheit nichts vorschreiben[4], und nur, sofern dieser Fall in den Statuten der Corporation vorgesehen ist, kann durch verfassungsmäßigen Beschluß der Mehrheit die Aufhebung herbeigeführt werden[5]. Das Vermögen der aufgelösten Corporation ist, soweit nicht besondere Rechte bestimmter Personen darauf begründet sind,

gleich erblosem Gut anzusehen (§. 608). Aber die wohlerworbenen Rechte Einzelner in Ansehung desselben dürfen nicht beeinträchtigt werden, also auch nicht die der gewesenen Mitglieder[6]. Solche Rechte können insbesondere durch einen gültigen Theilungsbeschluß vor Auflösung der Corporation begründet und es kann selbst ohne diesen schon nach der besondern Natur einer Corporation, namentlich einer Privatcorporation, oder vermöge vorgängiger Festsetzung in den Statuten derselben als sich von selbst verstehend anzunehmen sein, daß das Vermögen den gewesenen Mitgliedern nach gewissem Theilungsmaßstabe anheimfalle[7].

Anm. [1] L. 7. §. 2. D. h. t. 3. 4. In universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. Vgl. Savigny S. 280. Puchta §. 28. not. t. [Erlöschen von Innungen durch Aussterben der Mitglieder: R.Gew.O. §. 94. a. E.; durch Austritt sämmtlicher Mitglieder: Mandry Reichsges. S. 119 Note 7. (2. Aufl. S. 156.)]. Selbst nach dem Aussterben aller Mitglieder ist noch die Fortdauer derselben jur. Person möglich, sofern das Vermögen derselben bis zum Eintritt neuer Mitglieder als Stiftung erhalten wird. Savigny a. a. O. Seuffert I. §. 53. A. 11. Windscheid §. 61. A. 3. Dagegen jedoch Sintenis §. 15. A. 29. Brinz S. 1147. Stobbe §. 54. A. 3. 4. [Wächter I. §. 57. Not. 1. Die R.Gew.O. §. 94. Abs. 5. gibt der Verwaltungsbehörde die Befugniß, den bisher mit einer (aufgelösten) Innung verbundenen Unterrichtsanstalten, Hülfskassen u. dgl. Corporationsrechte zu ertheilen.] — Vgl. Ihering in d. dogm. Jahrb. X. S. 433 fg.; er statuirt nur Fortdauer der von ihm so genannten passiven Wirkungen der Rechte, ohne Rechtssubject.

[[1a] Daß dies durch ein Gesetz geschehen kann, leidet keinen Zweifel (vgl. z. B. Reichsges. v. 4. Juli 1872, betreffend gewisse religiöse Orden); die gleiche Befugniß kann aber auch einer Verwaltungsbehörde gesetzlich zugestanden sein (vgl. z. B. das Gesetz über die Hülfskassen v. 7. April 1876 §. 29.) Vgl. Windscheid §. 61. A. 1. S. auch Reichsges. v. 21. Okt. 1878 betreffend gemeingefährliche Bestrebungen der Socialdemokratie und dazu Mandry a. a. O. (2. Aufl.) S. 143.]

[2] Nur insofern kann von einer Aufhebung durch richterliche Verfügung die Rede sein. Mühlenbruch §. 197. Nr. 7. a.

[3] Puchta Rechtslex. III. S. 73. Vgl. Savigny II. S. 279. 341. 348. Kierulff I. S. 144. Göschen I. §. 65.

[4] Nur mit dieser Beschränkung ist richtig, was Unger in der krit. Ueberschau VI. S. 177. sagt, daß die Auflösung einer Privatcorporation in dem Belieben ihrer Mitglieder stehe. Vgl. Windscheid §. 61. A. 2.

[5] Brinz S. 1148. erfordert dagegen nur, daß jene Beschlußfähigkeit der Mehrheit nicht genommen sei, und läßt die Präsumtion für sie gelten. [Bei Innungen bedurfte nach R.G.O. §. 93. — was jetzt für neu zu begründende Innungen geändert ist (Gesetz v. 18. Juli 1881, Mandry 2. Aufl. S. 156.) — der Auflösungsbeschluß der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde.]

[6] Vgl. darüber Puchta a. a. O. S. 73 fg. Savigny II. S. 341 fg. Thibaut civ. Abh. XVIII. Haubold (s. Gaudliz) opusc. acad. II. Adp. diss. p. 547..620. cf.

p. LXIII .. LXXIX. Kori in Langenn und Kori's Erört. prakt. Rechtsfragen II. 1830. [2. Aufl. 1850.] Nr. 1. 2. Brackenhoeft im Rechtslex. IV. S. 537 .. 541.

[7] Z. B. bei einer corporativen Actiengesellschaft nach Maßgabe der Actien der einzelnen Theilnehmer. Man kann nicht (mit Seuffert 3. Aufl. §. 53. A. 12. u. a.) als allgemeine Regel aufstellen, „daß die Theilung, wo sie stattfindet, durch einen der Auflösung vorhergehenden Act geschehen müsse, weil nach der Auflösung nur einzelne Personen vorhanden sind, denen kein Recht auf das Vermögen der nicht mehr existirenden juristischen Person zusteht" (vgl. dagegen Seuffert 4. Aufl. a. a. O.). Ein Mißgriff ist es, wenn man die Regel des Paragraphen zu einem Princip erhebt, von dem es keine Ausnahme geben könne. So war es auch nicht zu billigen, wenn Unger §. 43. A. 68. 69. einer mit Corporationsrecht beliehenen Actiengesellschaft nur Gläubigerrechte auf die bona vacantia einräumte, während das Vermögen einer aufgelösten Collectivgesellschaft ipso iure den Mitgliedern anheimfallen oder bleiben sollte: eine Ansicht, welche schon deshalb aller praktischen Bedeutung ermangelt, weil auch im ersten Fall der Fiscus die bona ex quibus nihil fisco acquiri potest (L. 1. §. 1. D. de iure fisci 49. 14.), wenn die Gläubigerrechte sich auf das ganze Vermögen erstrecken, nicht annimmt. Vgl. dagegen Unger selbst in der krit. Ueberschau VI. S. 178 fg. Windscheid §. 62. Es widerstrebt der Natur der Sache, eine wesentliche Aenderung des materiellen Verhältnisses anzunehmen, wenn einer zunächst noch nicht als Corporation anerkannten Actiengesellschaft unter Genehmigung ihrer ursprünglichen Statuten erst hinterher Corporationsrecht verliehen wird, und ganz unbegründet sind daher die Bedenken gegen das Verlangen nach solcher Anerkennung, welche Pfeifer a. a. O. S. 86 .. 90 aus jener falschen Annahme ableitet. Damit stimmt auch Savigny überein (Obligationenrecht II. S. 113. not. f 1), dem man jedoch darin nicht beistimmen kann, daß er selbst nach Verleihung des Corporationsrechts die Actionäre als Miteigenthümer, nicht die Corporation als Eigenthümerin ansieht. Es unterliegt nicht dem mindesten Bedenken, daß, was die Stellen in §. 42. not. g. aussagen, auch auf die in L. 1. pr. D. h. t. 3. 4. genannten societates, also auch auf die von Savigny selbst ihnen verglichenen corporativen Actiengesellschaften Anwendung findet, beziehungsweise, wenn es noch praktisch wäre (L. 10. §. 4. D. de in ius voc. 2. 4. L. 1. §. 7. D. de quaest. 48. 18.), Anwendung fände, und die juristische Construction des Verhältnisses ist einfacher und in Wahrheit natürlicher, wenn man die Gesammtheit im Gegensatz der Mitglieder als das alleinige Subject des Vermögens ansieht. [Die R.Gew.O. §. 94. unterscheidet: Soweit das Vermögen einer aufgelösten Innung zu öffentlichen Zwecken bestimmt war, darf es dieser Bestimmung nicht entzogen werden; anderes Vermögen fällt, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist, an die Gemeinde zur Benutzung für gewerbliche Zwecke, und nur soweit es aus Beiträgen der zeitigen Mitglieder entstanden ist, kann die Innung bei ihrer Auflösung auch dessen Vertheilung an die Mitglieder beschließen. Vgl. Mandry Reichsgesetze S. 119 fg. (2. Aufl. S. 157 fg.)]

## §. 46.

### 2) Stiftungen[a].

Wenn Güter zu einem frommen oder gemeinnützigen Zwecke bestimmt werden, so kann daraus eine eigene juristische Person entstehen [1], die als

[a] Cod. de episcopis et clericis et orphanotrophis et brephotrophis et xenodochis et asceteriis etc. 1. 3.

Subject eben jenes Vermögens gilt, Stiftung, pia causa[2]. Es bedarf dazu gemeinrechtlich nicht erst einer speziellen Genehmigung oder Ertheilung der Persönlichkeit durch die Staatsgewalt[3]; für einen anerkannt zulässigen Zweck kann durch rechtsbeständige Privatbestimmung, insbesondere durch letztwillige Verfügung, sofort eine solche juristische Person geschaffen werden[4].

Anm. [1] Anderer Meinung Roßhirt im civ. Arch. X. 13. §. 4 fg. Fritz Erläutr. I. S. 153 fg. Vangerow 5. Aufl. §. 60. [Pernice Labeo I. S. 254 fg. Źródłowski I. S. 276 fg.] Vgl. dagegen Savigny II. S. 262 . . 272. Puchta Vorles. I. §. 27. und auch Vangerow in der 6. und 7. Aufl. §. 60. A. Dazu überhaupt Roth über Stiftungen, in d. dogm. Jahrb. I. 4. S. 189 . . 220., bayr. Civilrt. I. §. 46. [2. Aufl. §. 47. Syst. §. 73. Bierling z. Krit. d. jur. Grundbegriffe II. S. 111 fg.]

[2] Pia causa bezeichnet zunächst nur den frommen und wohlthätigen Zweck einer Willensverfügung. L. 19. Cod. de ss. eccles. 1. 2. L. 28. 45 (46). 48 (49). Cod. h. t. 1. 3. L. 34. Cod. de donat. 8. 53 (54). Nov. 131. cap. 12. Man braucht darnach das Wort auch für die daraus hervorgehende juristische Person, die man noch bestimmter durch pium corpus bezeichnet. Ob übrigens eine bestimmte Anstalt eine jur. Person für sich bilde, oder nur ein Bestandtheil des Vermögens einer andern Corporation, z. B. einer Gemeinde, sei, ist eine thatsächliche Frage. Seuffert's Arch. VI. 135. [Wächter §. 58.]

[3] Anderer Meinung sind noch Manche mit Savigny S. 276 fg. Mühlenbruch rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, Halle 1828, bes. S. 140 fg. und Forts. v. Glück's Comment. Bd. 40. S. 1 fg. Sintenis I. §. 15. A. 24. Eben so Roth a. a. O. S. 196 fg. S. 205 fg. [Syst. I. S. 418 fg.] Keller §. 39. Vangerow I. §. 60. S. 101. Stobbe §. 62. [Wächter §. 58. Note 7. — Ueber staatliche Rechte und Pflichten in Beziehung auf Stiftungsvermögen: Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. IV. S. 14 fg.]

[4] Arg. L. 24. 28. 48 (49). Cod. h. t.; L. 45 (46). ibid. (lex restituta). Nov. 131. cap. 10. 11. cf. L. 15. C. de ss. eccl. 1. 2. Northoff die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung in dem Testament des weiland . . . Blum. 1833. Puchta §. 28. Vorles. I. S. 64. 65. und in d. krit. Jahrb. IV. S. 707 . . 712. Kierulff I. S. 150 . . 152. Arndts im Rechtslexikon III. S. 915. 916. Beseler deutsches Privatrecht I. §. 72. Bluntschli I. §. 45. Windscheid §. 60. A. 3. Uebereinstimmend damit in Bezug auf österr. Recht ist Unger I. S. 347 fg., jedoch unter Anerkennung der Nothwendigkeit obrigkeitlicher, beziehungsweise geistlicher Confirmation, welche über die Zulässigkeit des Zweckes entscheide. Vgl. auch Seuffert's Arch. XI. 9. XIV. S. 151. A. 2. Zu demselben praktischen Resultat gelangt vom Standpunkt der Theorie vom „Zweckvermögen" Demelius in d. dogmat. Jahrb. IV. S. 139 fg. Brinz S. 1069 fg. Vgl. Arndts in d. Fortsetzung von Glück's Comment. Bd. 46. S. 411 . . 432.

### §. 47.

### 3) Der Fiscus[a].

Fiscus heißt das gesammte Staatsvermögen als juristische Person gedacht, d. i. eigentlich der Staat selbst als Subject von Vermögensverhältnissen. Der Fiscus hat nicht nur die vollkommenste Vermögensrechtsfähigkeit, sondern genießt auch vieler Vorrechte vor andern Personen[1]. Sonst aber sind regelmäßig die allgemeinen Vorschriften des Vermögensrechts auch auf den Fiscus anwendbar[b]. Der Fiscus stellt übrigens nur eine juristische Person vor; die einzelnen fiscalischen Aemter oder Cassen (stationes fisci) sind nicht so viele verschiedene juristische Personen[2], wenn auch aus Verwaltungsrücksichten dieselben in einzelnen rechtlichen Beziehungen als selbständig unterschieden werden[c].

Anm. [1] Vgl. andrerseits L. 10. D. h. t. (Modestin). Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit. Puchta §. 26. not. f. Vorles. I. §. 26. bei N. 1. „Die . . . interessante Stelle ist immer von der herrschenden Ansicht so verstanden worden, daß in dubio contra fiscum zu sprechen sei." Dagegen Böcking Pand. I. §. 45. not. 3, nach welchem „der so oft mißverstandene Satz Modestins aus der Natur der Privilegien als besonderer Abweichungen vom ius commune" sich ergeben soll. Vgl. Brinz S. 1136. Seuffert's Arch. XXIV. 9.

[2] Vgl. darüber Keller Pand. §. 36. A. 2. 3. [Dernburg §. 57. Note 2 . . 4.]

---

## Drittes Capitel.

## Von den Rechtsgegenständen oder Sachen.

### §. 48.

### I. Juristischer Begriff der Sache[a].

Sache (res) ist im weitern Sinn Alles, was bloß gegenständliche Bedeutung im Rechte hat[b], im engern Sinn ein körperlicher für sich bestehender Gegenstand[c], woraus sich von selbst ergibt, daß der Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche[d] die weitere Bedeutung zum Grunde liegt[1]. Der natürliche Begriff der Sache ist aber im Recht auf ähnliche Weise erweitert, wie der natürliche Begriff der

[a] Dig. de iure fisci. 49. 14. Cod. 10. 1. cf. Theod. Cod. 10. 1. Paul. sentt. 5. 12. Fragm. de iure fisci. [b] L. 3. Cod. de fiscal. usur. 10. 8. L. 2. Cod. ne uxor pro mar. 4. 12. [c] L. 1. Cod. de comp. 4. 31. vgl. L. 2. Cod. de solut. 8. 42 (43).

[a] J. de rerum divisione. 2. 1. Dig. 1. 8. cf. Gai. II. 2..39. [b] L. 5. pr. L. 23. D. de V. S. cf. L. 88. 178. pr. L. 222. ibid. [c] pr. §. 11 sqq. J. h. t. cf. tit. D. de rei vindicatione. 6. 1. [d] J. de rebus incorporal. 2. 2. L. 1. §. 1. D. h. t.

Person; wie eine Mehrheit natürlicher Personen **ein** Rechtssubject bilden kann (universitas sc. personarum), so wird auch wohl ein Inbegriff mehrerer einzelner Sachen[2] (*universitas rerum*[3], **Sachgesammtheit**, Gesammtsache) in bestimmten Beziehungen als **ein** Rechtsobject, als ein Collectiv-Ganzes behandelt[4]. Und wie so eine Mehrheit körperlicher Sachen im Recht bisweilen als **eine** Sache erscheint, so kann auch ein Inbegriff von körperlichen und unkörperlichen Sachen, ein Inbegriff von Vermögensverhältnissen, als ein Ganzes (universitas) aufgefaßt werden[a] (sog. *universitas iuris*[5]).

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis etc. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Vgl. Ulp. XIX. 11. In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas et tutela legitima libertae. L. 18. §. 2. D. de her. pet. 5. 3. „res hereditarias, sive iura sive corpora sint." L. 13. §. 1. D. de damno infecto 39. 2. „sive corporis dominus sive is qui ius habet, utputa servitutem." Fragm. Vat. §. 92. „sicut corpora vindicanti ita et ius". L. 4. §. 26 (27). D. de usucap. 41. 3. „nec possideri intelligitur ius incorporale". L. 3. §. 1 d. (§. 1. i. f.) Cod. de quadr. praescript. 7. 67. „res sive mobiles sive immobiles seu se moventes vel iura incorporalia." In diesen Stellen spricht sich nur ein Gegensatz des **Eigenthums** zu andern Rechten aus, indem das erste mit seinem Gegenstand identificirt wird, wie es auch sonst bei Juristen sowohl wie im gemeinen Sprachgebrauch gewöhnlich ist, bloß die Sache (res, fundus u. s. w.) zu nennen, wo man das Eigenthumsrecht an derselben im Sinn hat; die res incorporales sind, wie das Recht des Eigenthums, als **Bestandtheile des Vermögens**, oder als Gegenstand des Habens und Erwerbens, und so als Gegenstand von Rechtsgeschäften und von Klagen gedacht. Vgl. **Unger** §. 45. **Windscheid** §. 42. A. 5. [**Birkmeyer** Vermögen S. 141 fg. 290 fg. **Wächter** I. S. 257 fg. Aber auch **Windscheid** §. 137. A. 3. und **Bekker** Ztschr. f. vergl. R.W. II. S. 19 fg.] — In L. 46. D. de cond. indeb. 12. 6. kommen res corporales als Gegensatz einer Geldsumme vor (§. 51). [Bestimmung der Individualität einer körperlichen Sache: **Bremer** krit. Vjschr. X. 1. bes. S. 23 fg. 56 fg. **Schey** in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 114 fg. 143 fg.]

[2] L. 30. pr. D. de usucap. 41. 3. Tria autem genera sunt corporum: unum quod continetur uno spiritu et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed

[a] L. 64. D. de legat. III. L. 40. D. de peculio. 15. 1. L. 20. §. 10. D. de her. pet. 5. 3. L. 208. D. de V. S.

uni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. [Die Bedeutung dieser der stoischen Philosophie entlehnten Eintheilung ist nachgewiesen in der gründlichen und eleganten Schrift von] Göppert über einheitliche, zusammengesetzte und Gesammtsachen nach R. R. 1871. [Brinz 2. Aufl. §. 144.]

[3] L. 70. §. 3. D. de usufr. 7. 1. Quoties gregis vel armenti vel equitii, i. e. universitatis ususfructus legatus est (non singulorum capitum). cf. L. 23. pr. D. de usucap. (universitas aedium). L. 2. §. 6. D. pro emt. 41. 4. (universitas fundi). L. 51. §. 1. D. locati. 19. 2. (universitas consummationis).

[4] §. 18. J. de legat. 2. 20. Est gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus. Cf. L. 21. 22. D. de legat. I. (30). L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3. Vgl. Warnkönig im civ. Arch. XI. S. 179. Dagegen Puchta Inst. §. 222. 8. Aufl. II. S. 129 fg. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 234 fg. Erört. I. S. 1.. 35. [Pand. I. S. 261 fg. bes. 267.] Unger §. 57., und andrerseits Girtanner in d. dogmat. Jahrb. III. S. 95 fg. Windscheid §. 137. A. 3. 4. Vgl. noch Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 2. und dagegen Pernice in d. krit. Vjschr. VII. S. 116 fg., sodann Exner Rechtserwerb durch Tradition, S. 215 fg.; neuerdings Göppert a. a. O. S. 49 fg. 94 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 137. [Voigt die XII Tafeln I. S. 343 fg. II. S. 331 fg.] vgl. unten §. 130. A. 6. Eine Gleichstellung der Gesammtsachen mit einer einzelnen körperlichen Sache im Allgemeinen ist im Text nicht behauptet.

[5] L. 20. §. 10. D. 5. 3. „in hereditate . . . et in peculio castrensi vel alia universitate“, L. 1. §. 4. D. de dote praeleg. 33. 4. „quod diximus, ipso iure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum.“ Glossa ad L. 1. §. 8. D. quando de peculio. 15. 2. „Peculium est universitas incorporea et iuris, in qua actiones continentur; sed illud verum est de corpore aliquo aut corporea universitate, ut equitio“. — Die Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei? — Vgl. Hasse über universitas iuris und rerum . . . im civ. Arch. V. 1. Mühlenbruch über sog. iuris und facti universitates im civ. Arch. XVII. 12. Wächter Erörtr. I. S. 1 fg. [Pand. I. S. 267 fg.] Windscheid §. 42. A. 6. [Birkmeyer a. a. O. S. 101 fg.]

## §. 49.

## II. Rechtsverhältniß der Sachen.

Sachen kommen im Privatrecht vornehmlich als möglicher Gegenstand des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte (§. 22.) in Betracht, indem sie als Mittel der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse und der Erreichung menschlicher Zwecke rechtlich dem Willen bestimmter Personen im Ganzen oder in einzelnen Beziehungen ausschließend untergeben werden. Allein nicht alle körperlichen Sachen können Gegenstand solcher Rechte von Privatpersonen sein. Es gibt Sachen, an welchen überhaupt kein Eigenthum oder doch kein Eigenthum einzelner Menschen oder Privatpersonen zugelassen ist, die daher auch nicht Gegenstand des rechtlichen Verkehrs unter Privatpersonen, sondern res *extra commercium* sind [1].

Das römische Recht unterscheidet in dieser Beziehung: 1) res *divini iuris*, *sacrae* und *religiosae*[a], zum Gottesdienst geweihte Sachen und Begräbnißstätten; diese sind im R. R. unfähig erklärt, im Eigenthum zu stehen; nach heutigem Recht jedoch unterliegen sie zwar ihres besonderen Charakters wegen besonderen Bestimmungen, werden aber doch als im Eigenthum einer juristischen Person oder auch im Privateigenthum befindlich behandelt[2]; 2) res naturali iure *omnium communes* (aer, aqua profluens, mare et per hoc litora maris[b]), wovon jedoch einzelne Theile wohl durch Ausscheidung, so lange diese thatsächlich und erlaubter Weise besteht, die Eigenschaft einer res in commercio annehmen können[c]; 3) res *publicae* im engern Sinn, d. i. solche, welche im Eigenthum des Staats oder auch einer Gemeinde befindlich[3] zu öffentlichem Gebrauche bestimmt sind (quae in publico usu habentur, non in pecunia vel patrimonio populi), als öffentliche Straßen, Plätze, Häfen, Brücken u. dgl.[d] Auch (größere) Flüsse[4], d. h. deren bleibender Wasserkörper im Ganzen und dessen Rinnsal, gehören zu den öffentlichen Sachen[e], während die Ufer derselben zwar auch, soweit es die Benützung der Flüsse mit sich bringt, dem gemeinen Gebrauche dienen, übrigens aber Gegenstand des Privateigenthums sind[f]. Alle anderen Sachen sind mögliche Gegenstände des Privateigenthums, wenn gleich sie zufälliger Weise sich nicht im Eigenthum von Privatpersonen befinden mögen (nullius in bonis sunt)[g]. Doch ist in Ansehung mancher solcher Sachen wohl noch aus Rücksichten des öffentlichen Wohls der Verkehr beschränkt oder untersagt[h]. Der Körper einer freien Person wird juristisch nicht als Sache betrachtet[i].

Anm. [1] Dieser Ausdruck bezeichnet zunächst, daß eine Sache nicht Handelsobject (merx) sei, nicht verkauft werden könne. Ihering Geist des R. R. III. S. 334 fg. Aber er bedeutet dann weiter, daß eine Sache überhaupt nicht Gegenstand des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte von Privatpersonen, regelmäßig nicht Gegenstand irgendwelcher auf deren Einräumung gerichteter Rechtsgeschäfte sein könne. §. 4. J. de legat. 2. 20. §. 2. J. de inut. stip. 3. 19. L. 39. §. 9. D. de legat. I. L. 83. §. 5. D. de V. O. 45. 1. u. a. cf. L. 21. Cod. de ss. eccles. 1. 2. Windscheid §. 146. Wappäus z. L. v. d. dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen nach röm. u. heut. R. 1867.

[a] §. 7..9. J. de rer. div. 2. 1. L. 1. pr. L. 6. §. 2..5. L. 9. pr...§. 2. D. de div. rer. 1. 8. L. 21. Cod. de sacrosanct. eccles. 1. 2. tit. Dig. de religiosis. 11. 7. Cod. 3. 44. (res sanctae: §. 10. J. l. c. L. 8. 9. §. 4. L. 11. D. h. t.). [b] §. 1. 3. 5. J. h. t. L. 2..4. D. h. t. L. 96. pr. D. de V. S. [c] L. 5. §. 1. L. 6. pr. L. 10. D. h. t. L. 14. pr. §. 1. L. 30. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. [d] §. 2. 4. J. h. t. L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. h. t. cf. L. 15..17. D. de V. S. — Dig. de locis et itineribus publ. 43. 7. et sqq. de via publica. 43. 10. sq. [e] Dig. de fluminibus. 43. 12. et sqq. [f] L. 3. D. l. c. L. 5. pr. D. de div. rer. 1. 8. [g] §. 12..16. 18. 47. J. h. t. 2. 1. [h] L. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10. 2. Cod. quae res venire non possunt. 4. 40. quae res exportari non debeant. 4. 41. (§. 300). [i] L. 6. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 83. §. 5. D. de V. O. 45. 1.

Stobbe I. §. 64. Brinz 2. Aufl. §. 125 .. 128. [Wächter §. 60. S. 270 ... 282; vgl. auch Bekker Ztschr. f. vgl. R. W. II. S. 33 fg.]

[2] Vgl. Windscheid §. 147. mit Jhering a. a. O. Brinz §. 238. S. 1042 fg.

[3] In neuester Zeit hat sich, veranlaßt durch die Schleifung der Festungswerke von Basel, ein lebhafter Streit darüber erhoben, ob an den res publicae dem Staate Eigenthum oder vielmehr nur ein sog. Staatshoheitsrecht beizulegen sei? Darüber Windscheid 4. Aufl. §. 146. A. 15 .. 17. [Eisele über das Rechtsverh. d. res publ. in publ. usu nach R. R. 1873. Das Reichsges. v. 25. Mai 1873 statuirt an Gegenständen, die zum dienstlichen Gebrauche der Reichsverwaltung bestimmt sind, Eigenthum des Reiches. Mandry Reichsges. S. 137. (2. Aufl. S. 201.)]

[4] Vgl. §. 2. J. de rer. div. 2. 1. „Flumina omnia et portus publica sunt". L. 4. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. „Flumina paene omnia et portus publica sunt". L. 1. D. de flum. 43. 12. §. 1. Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. §. 3. Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; publicum flumen Cassius esse definit, quod perenne sit; haec sententia, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis. §. 4. Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum sit, cessabit interdictum; nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum. — Börner im civ. Arch. XXXVIII. 7. 15. Heimbach Artikel „Wasserrecht" im Rtslex. XIV. S. 86 .. 202. Hesse Grundzüge des Wasserrechts in d. dogm. Jahrb. VII. 5. Kappeler der Rechtsbegriff des öffentl. Wasserlaufs. 1867. Darüber und über Wappäus (A. 1.) s. Berchtold in d. krit. Vjschr. XIII. S. 119 fg. Windscheid §. 146. [Randa Beitr. z. östr. Wasserrecht. 1877. 2. Aufl. 1878. (Drbr. Eck in d. Jen. Litztg. 1879 Nr. 7 und Baron in d. Ztschr. f. vergl. R.W. II. S. 141 fg.) Baron Begriff und Bedeutung des öffentl. und privaten Wasserlaufes, ebda. I. 8. S. 261 .. 315. II. 3. S. 51 .. 104. Pözl Stand d. Gesetzgebung und Literatur über das Wasserrecht in Deutschland und Oesterreich, krit. Vjschr. XXII. S. 1 fg. Vgl. auch Peyrer das österreich. Wasserrecht. 1880.]

## III. Juristisch bedeutende natürliche Verschiedenheiten der Sachen.

### §. 50.

### A. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.

**Unbewegliche Sachen**, res immobiles, sind Grundstücke, fundi, praedia[a], d. i. begränzte Theile des Erdbodens (solum, res soli)[b], von denen aber zugleich die darin wurzelnden Pflanzen[c], sowie die darin gefesteten Gebäude[d] integrirende Bestandtheile bilden[1]. Alle andern Sachen sind bewegliche, res mobiles, moventia[e]. Wird diese Unterscheidung auf **Vermögen** überhaupt bezogen[2] (bewegliches und unbewegliches Vermögen), so muß man Sachenrechte, je nachdem sie eine bewegliche oder unbewegliche Sache zum Gegenstande haben, zu dem einen oder

[a] L. 115. 211. cf. L. 211. D. de V. S. L. 18. D. de A. E. V. 19. 1. [b] L. 1. §. 3. 4. 6. L. 3. §. 15. D. de vi 43. 16. L. 1. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. [c] L. 40. D. de act. emt. vend. 19. 1. L. 44. D. de rei vind. 6. 1. [d] L. 7. §. 10. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 50. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [e] L. 93. D. de V. S.

zum andern rechnen[3]; Rechte, die mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind, gehören natürlich auch zum unbeweglichen Vermögen; Forderungen aber sind regelmäßig vielmehr zum beweglichen Vermögen zu rechnen[4].

Anm. [1] L. 40. D. 19. 1. Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo. L. 7. §. 10. D. 41. 1. Omne, quod inaedificatur, solo cedit. L. 50. D. 9. 2. Superficies ad dominum soli pertinet. Vgl. Zaun im civ. Arch. XLIII. 9. (rect. 10.) 13.

[2] Die R. Rechtsquellen beziehen dieselben nur auf körperliche Sachen. L. 7. §. 4. D. de peculio. 15. 1. „res mobiles, soli, nomina debitorum". L. 15. §. 2. D. de re iud. 42. 1. „res mobiles ... soli ... iura". L. 2. 3. Cod. de quadr. praescript. 7. 37. „res sive mobiles, sive immobiles seu se moventes, vel in actionibus aut quocunque iure constitutas (vel iura incorporalia)."

[3] Vgl. L. un. §. 1. Cod. de usucap. transform. 7. 31. „res quae immobiles sunt vel esse intelliguntur".

[4] Unger I. S. 394 fg. Vgl. jedoch L. 15. D. de R. J. Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. L. 143. D. de V. S. Habetur quod peti potest. — Clem. 1. de V. S. 5. 11. Cumque annui reditus inter immobilia censeantur a iure etc. — Windscheid §. 139. A. 5. Keller §. 43. A. 2. [Wächter §. 61. Beil.]

## §. 51.

## B. Vertretbarkeit.

Sachen können bei Rechtsverhältnissen entweder als individuell bestimmte in Betracht kommen, species, certum corpus, oder als nur nach der Gattung bezeichnete Gegenstände, genus, incertum corpus[a]. Es gibt aber Sachen, bei denen ihrer Natur nach die Species gleichgültig sind, quae communi specie continentur[b], bei denen es nur auf Quantität und Qualität[c] ankommt, res quae pondere numero mensura valent oder consistunt[d]. Diese heißen vertretbare Sachen im vorzüglichen Sinn, res fungibiles[1], und werden juristisch von andern blos nach dem Genus bestimmten Sachen, Gattungssachen, wohl unterschieden[2], obgleich auch sie keineswegs überall als vertretbare behandelt werden[e]. Vorzüglich wichtige vertretbare Sachen sind Geld[stücke (Münzen,] pecunia [numerata], nummi) [und diesen gleichstehende Geldzeichen.][3]

Anm. [1] L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; .... quia (*Hal.* quae) in genere suo functionem recipiunt per solutionem (magis) quam specie. Diese Stelle

[a] L. 54. pr. L. 83. §. 5. D. de V. O. 45. 1. L. 6. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 7. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 2. pr. D. de reb. cred. 12. 1. [b] L. 29. D. de solut. 46. 3. cf. L. 26. §. 2 (1). Cod. de usur. 4. 32. [c] L. 34. §. 3. D. de legat. I. (30). L. 7. pr. D. de except. rei iud. 44. 2. [d] L. 1. §. 7. D. 35. 2. L. 30. pr. L. 34. §. 6. D. de legat. I. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. [e] L. 30. §. 6. L. 34. §. 4. D. de legat. I. L. 37. D. de V. O. 45. 1.

hat den Anlaß zur Bildung des Wortes res fungibiles gegeben. Zasius ad §. 30. J. 4. 6. [ed. Francof. 1590. tom. IV. p. 59.] Vgl. „choses fongibles“ Code civ. art. 1291. Die Bezeichnung „vertretbare Sachen“, nach Zachariä fast allgemein geworden, wird vermieden von Puchta §. 36., mißbilligt von Savigny VI. S. 123., welcher dafür den Ausdruck „Quantitäten“ setzt; statt dessen Windscheid §. 141. A. 2. [und Goldschmidt Handb. d. Handelsr. II. 2. Aufl. 1883. S. 21.] „Quantitätssachen“.

[2] L. 1. §. 7. D. 35. 2. Et omne quod ex bonis defuncti erogatur, refertur ad hanc legem: sive in corpore constet certo incertove, sive pondere, numero, mensura valeat, aut etiam si ius legatum sit, ut ususfructus, aut quod in nominibus est. cf. L. 2. §. 1. cit. Gai. II. 196. Ulp. XXIV. 7. — Wächter Württ. Pr.R. II. S. 227..234. [Pand. §. 62. Ihering in d. dogm. Jahrb. IV. S. 400 fg.]

[3] Hoffmann die Lehre vom Gelde. Berlin 1838. Savigny Obligationenrecht I. §. 40 fg. Keller §. 47. Goldschmidt Handelsrecht I. 2. §. 99 fg. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes u. d. Inhalt von Geldschulden. 1868. Darüber Karlowa in d. krit. Vjschr. XI. S. 526..559. [Vgl. auch Flesch in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 317 fg. Ueber den Unterschied von Münzen und Geld vgl. unten §. 205. Ueber den röm. Namen pecunia numerata Wächter Pand. I. S. 260 fg.]

## §. 52.

## C. Verbrauchbarkeit.

Sachen, deren ordentliche ihrer Bestimmung entsprechende Benützung mit der Vernichtung ihrer Substanz oder Integrität verbunden ist, res quae usu consumuntur[a], heißen verbrauchbare (sog. res usu-consumtibiles)[1]. [Dazu wird auch das Geld [§. 51. a. E.] gerechnet[b], insofern das Ausgeben desselben dem Verzehren gleich zu achten ist[2].

Anm. [1] Res quae usu minuuntur: „abnützbare Sachen“, Windscheid §. 140. [Wächter §. 63.] Ueber das Verhältniß der Begriffe von verbrauchbaren und vertretbaren Sachen vgl. H. Bürkel Beitr. z. L. v. Nießbrauch S. 8 fg. [Hanausek die L. v. uneigentlichen Nießbrauch. 1879. S. 9 fg.] — Die nicht verbrauchbaren kann man mit Scheurl „dauerbare“ nennen.

[2] §. 2. J. de usufr. „pecunia numerata .. in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur“. L. 13. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 78. D. de solut. 46. 3.

## §. 53.

## D. Theilbarkeit.*

Während nach dem Naturgesetz alle Körper ins Unendliche theilbar sind, gelten juristisch doch als untheilbar diejenigen Sachen, welche ohne Zerstörung ihres Wesens nicht in mehrere Ganze zerlegt werden können[1], und diesen werden verglichen solche Sachen, bei denen eine Zertheilung nicht ohne unverhältnißmäßige Minderung ihres Werthes möglich ist[2].

[a] Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 7. 5. §. 2. J. de usufr. 2. 4. [b] §. 2. J. l. c. L. 11. in f.. L. 13. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 32. D. de minor. 4. 4.

Eine andere Frage ist es, ob eine Sache nach räumlich unterschiedenen Theilen (partes *pro diviso*) dem Rechte verschiedener Personen unterworfen sein könne? Dies wird anerkannt bei Grundstücken[3], nicht bei beweglichen Sachen, die noch als natürliche Ganze bestehen[4]; doch kann wohl eine Sache, die, an sich ein selbständiges Ganzes, aber als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, mit dieser zwar körperlich, aber nicht wesentlich zusammenhängt, einem Andern gehören als dem Eigenthümer des zusammengesetzten Ganzen[a], und verschiedene zu einem Ganzen nicht unscheidbar vermischte Substanzen können Gegenstand gesonderter Rechte bleiben[b]. Dagegen kann eine jede eigenthumsfähige Sache, bewegliche oder unbewegliche, dergestalt unter Mehrere getheilt gedacht werden, daß allen gemeinschaftlich die ganze Sache, jedem nur zu einem Bruchtheil, keinem von ihnen irgend ein bestimmter reeller Theil ausschließlich gehört, res plurium communis pro partibus indivisis oder *pro indiviso*[c]. Diese sogenannte intellectuelle Theilung oder Getheiltheit der Sache ist zu verstehen als eine natürlich auch nur intellectuelle Getheiltheit des Rechts an der ganzen ungetheilten Sache, eine Gemeinschaft Mehrerer bezüglich dieses Rechtsinhalts im Ganzen zu bestimmten Verhältnißtheilen (Bruchtheilen, Quoten)[5], und in diesem Sinne sind gleich dem Eigenthum auch manche andere Rechte oder unkörperliche Sachen theilbar[d], manche aber untheilbar[6].

* F. Frijlinck Bijdrage tot de leer der Deelbarkeit. Herzogenbusch 1864. P. Steinlechner das Wesen der juris communio und juris quasi communio. 1. Abth. Revision der Lehre von der Theilbarkeit auf dem Rechtsgebiete. Innsbruck 1876; darüber Regelsberger in d. Wiener Zeitschr. III. S. 695 fg. [und Eck in d. krit. Vjschr. XIX. S. 223 fg. — Vgl. Eisele im civ. Arch. LXIII. 2.]

Anm. [1] „Res naturaliter indivisae", L. 26. §. 2. D. de legat. I.; „quae sine interitu dividi non possunt", L. 35. §. 3. D. de rei vind. 6. 1; quae divisionem non recipiunt, utputa partus ancillae", L. 31. §. 6. D. de aedil. ed. 21. 1. cf. §. 5. J. de off. iud. 4. 17. Nicht dahin gehören Quantitäten vertretbarer Sachen L. 29. D. de solut. 46. 3., sowie auch eine Mehrzahl von Gattungssachen der Zahl nach theilbar ist, sofern nur kein Bruchtheil herauskommt: L. 54. pr. L. 117. D. de V. O. 45. 1.

[2] L. 26. §. 2. cit. „sin autem vel naturaliter indivisae sunt, vel sine damno divisio earum fieri non potest"; cf. L. 34. §. 2. Cod. de donat. 8. 53 (54). „res dividi sine suo periculo possibilis". In diesem Sinn kann namentlich auch ein Gebäude nach Umständen untheilbar genannt werden. Savigny Obligationenrecht I. S. 307. Fr. Zimmermann im civ. Arch. LIV. 20.

[3] L. 6. §. 1. D. commun. praed. 8. 4. Plane si divisit fundum regionibus

[a] L. 23. §. 6. 7. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 30. §. 1. D. de usurp. et usucap. 41. 3. [b] L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 27. §. 2. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. (§. 151). [c] L. 25. §. 1. D. de V. S. L. 26. D. de poss. 41. 2. L. 8. D. de rei vind. 6. 1. [d] L. 25. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 2. 72. 85. D. de V. O. 45. 1.

et sic partem tradidit pro diviso, ... non est pars fundi, sed fundus. L. 26. D. de poss. 41. 2. „locus certus ex fundo“. L. 25. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. „certa pars“. In dieser Art kann auch ein Gebäude oder das Grundstück mit dem darauf ruhenden Gebäude getheilt sein und getheilt werden. L. 6. §. 1. cit. Quod et in aedibus potest dici, si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit: ... nam et hic pro duabus domibus accipi debet. Es bedarf nicht einmal der Theilungsmauer; das Gebäude, das ein Dritter auf der Gränze zweier Grundstücke errichtet, gehört von selbst als regionibus divisum den beiden Grundeigenthümern: arg. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2. Vgl. übrigens noch L. 3. §. 7. D. uti poss. 43. 17. — Theilung eines Brunnens: Seuffert's Arch. XXII. 119.

[4] L. 8. D. 6. 1. Pomponius probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest. — L. 19. pr. D. commun. div. 10. 3. Arbor quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt; sed quum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet. Cf. L. 83. D. pro socio 17. 2. L. 36. D. de s. p. u. 8. 2. Windscheid §. 142. A. 4. findet, daß in L. 8. cit. nur die Möglichkeit des Besitzes an nicht körperlich abgesonderten Theilen einer beweglichen Sache geläugnet sei, nicht die Möglichkeit einer Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses. Er gibt zwar zu, daß auch die letzte in L. 19. pr. cit. von Paulus verworfen sei, hält aber diese Stelle durch die widersprechende L. 83. cit. (ebenfalls von Paulus) widerlegt oder aufgewogen. Aber L. 83. cit. ist nur widersprechend, wenn man „tantam partem . . . quantam“ durchaus als gleichbedeutend mit „eandem partem ... quam“ verstehen zu müssen glaubt; vgl. dagegen Basil. XII. 1. cap. 81. XII. 2. cap. 19. (Heimbach I. p. 788. 810.) Vangerow I. §. 329. A. 2. [Steinlechner I. S. 42. II. S. 35 fg.]

[5] L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. L. 66. §. 2. D. de legat. II. Plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent. — L. 64. §. 4. D. de eviction. 21. 2. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri. — L. 5. §. 15. D. commodati. 13. 6. Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Vgl. Kierulff I. S. 324 bis 328. Böcking Inst. §. 75. Wächter im civ. Arch. XXVII. 7. Württ. Pr.R. II. §. 43. bes. A. 12. [Pand. I. S. 294.] und Unger §. 51. A. 27. Frizlinck a. a. O. S. 18 fg. Windscheid 2. Aufl. §. 140. A. 4. bezeichnete den sog. intellectuellen Theil als Antheil am Werthe des Eigenthumsrechts, bzw. der Sache. [Ebenso Baron §. 39.] Dagegen Eck d. sog. doppelseitigen Klagen S. 92 fg. Dagegen wieder Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 142. A. 7a..11., „wenn der Antheil... als

Gegenstand von Rechten aufgefaßt wird, so ist dies so zu verstehen, daß durch ihn der Maßstab bezeichnet werden soll, nach welchem den Berechtigten der wirthschaftliche Nutzen der Sache gebührt." Damit übereinstimmend Steinlechner a. a. O. §. 10 fg. 21 fg. [II. S. 248 fg. 258 fg. und dagegen die angef. Recensionen von Regelsberger S. 700 fg. und Eck S. 228 fg. Randa Besitz (2. und 3. Aufl.) §. 17. Note 15.] Vgl. unten §. 133.

6 Untheilbar sind der Usus (§. 182.) und die Grunddienstbarkeiten (§. 183.), sodann häufig Obligationen (§. 204.); theilbar sind der Nießbrauch (§. 178.), die Emphyteuse und Superficies (§. 196. 200.), die Obligationen meistentheils (§. 204.), das Pfandrecht (§. 383.), und das Recht der Erbfolge (§. 464.). Das letzte läugnet zwar Böcking Inst. §. 75. Note 16., indem der Miterbe behaupte, nicht, daß ihm z. B. die halbe Erbschaft zukomme, sondern daß ihm die ganze Erbschaft halb zukomme. Aber eben so gut kann der Miteigenthümer sagen, daß ihm die ganze Sache halb gehöre, und wie dieser klagen muß: „rem pro parte dimidia suam esse," so der Theilerbe selbst gegen den besitzenden Nichterben: „hereditatem pro parte dimidia suam esse," nicht „se heredem esse." Vgl. §. 532. und Arndts im Rtslex. V. S. 208. 220. (civ. Schr. II. S. 278 fg. 291 fg.), auch Unger Erbr. §. 2. A. 17., überhaupt aber Frijlinck a. a. O. S. 20 fg. Vgl. Steinlechner a. a. O. S. 138 fg. [und jetzt Rümelin die Theilung der Rechte. 1883. Drbr. aber Scheurl in d. krit. Vjschr. XXV. S. 525 fg.]

## IV. Verhältniß zu andern Sachen.

### §. 54.

### 1) Zubehörungen.

Zubehörungen oder Pertinenzen [1] heißen solche Sachen, welche als zu einer andern gehörend, als Theile einer andern, behandelt werden, so daß eine rechtliche Verfügung über die Hauptsache stillschweigend in der Regel auch auf jene sich erstreckt [2]. Die Pertinenzqualität beruht auf der Verbindung, in welche eine Sache mit einer andern durch ihre Bestimmung für diese gesetzt ist, indem sie eben als Nebensache den Zwecken dieser Hauptsache fortwährend zu dienen bestimmt [3] und dazu wirklich verwendet [4] ist. In diesem Verhältniß können sowohl unbewegliche Sachen zu einer andern unbeweglichen Sache stehen [a], als auch bewegliche Sachen zu einer andern beweglichen [b] oder unbeweglichen Sache [c]; unmittelbare körperliche oder mechanische Verbindung ist dazu weder überall erforderlich noch überall genügend [5].

Anm. 1 Vgl. L. 13. §. 31 .. L. 18. D. de action. empti. 19. 1. L. 40. §. 6. L. 47 .. 49. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 241. 245. D. de V. S. Funke die Lehre von den Pertinenzen. 1827. Kierulff Civilrt. I. S. 330 .. 338. Wächter

[a] L. 91. §. 3. 5. 6. D. de legat. III. L. 52. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 52. §. 9. L. 66. D. de legat. III. L. 3. §. 11. L. 4. pr. D. de penu legata. 33. 9. cf. L. 44. D. de evict. 21. 2. L. 100. §. 3. D. de legat. III. L. 242. pr. D. de V. S. [c] L. 17. pr. et sqq. D. de act. emti. 19. 1.

Württ. Pr.R. II. S. 242 .. 259. [Pand. §. 65.] Unger §. 53 .. 55. — Im mittelalterlichen Latein findet sich für die Pertinenzen die Bezeichnung aisiae oder aisia, aisiamentum und ähnliche (französisch aise, aisance). Ducange h. v. („in aisiis vel pertinentiis villae"). Eine passende Bezeichnung ist „Hülfssache". Böcking Inst. §. 81. Unger a. a. O. Windscheid §. 148. — Die Pertinenzen sind Accessionen, aber der letzte Begriff ist umfassender.

[2] L. 13. §. 31. cit. Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, utputa putealia.

[3] L. 17. §. 7. D. l. c. Ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, non esse aedificii; utputa fistulae temporis quidem causa positae non sunt aedium; verumtamen si perpetuo fuerint positae, aedium sunt.

[4] L. 18. §. 1. D. l. c. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis [cf. L. 241. D. de V. S.] habentur; aliud juris est in his, quae detractae sunt, ut reponerentur; aedibus enim accedunt. Cf. L. 17. §. 10. 11. ibid. [Vgl. auch den Rechtsfall im Pract. Arch. N. F. XII. S. 157 fg.]

[5] Nicht alles und nicht allein, was erd-, wand-, band-, niet- oder nagelfest ist, ist Pertinenz eines Gebäudes. L. 17. pr. D. l. c. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra. Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent.

## §. 55.

### 2) Früchte[a].

Früchte im natürlichen Sinn (fructus naturales) sind die natürlichen Erzeugnisse, welche von einer Sache gewonnen werden[1], insbesondere insofern dieselben als wirthschaftlicher Ertrag der Sache sich darstellen[b]. So lange die Erzeugnisse noch mit der Hauptsache verbunden sind, fructus *pendentes* oder stantes, bilden sie nur einen Theil derselben[c], und können daher für sich nur als künftige Sachen Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein[d]; erst durch die Trennung von der Hauptsache fangen sie als selbständige Sachen zu existiren an (fructus *separati*, oder wenn sie von Jemand eingenommen sind, *percepti*[e], apprehensi[f]); Früchte, die hätten gewonnen werden können und sollen, nennt man fructus *percipiendi*, ziehbare Früchte, besser: versäumte oder vernachlässigte Früchte. Je nachdem die Entstehung der Früchte durch Zuthun eines Menschen herbeigeführt ist oder nicht, kann man fructus *mere naturales*

[a] Dig. de usuris et fructibus. 22. 1. [b] L. 9. pr. §. 1. 2. L. 10. 11. 12. pr. D. de usufr. 7. 1. L. 7. §. 12. D. soluto matr. 24. 3. cf. L. 77. D. de V. S. [c] L. 44. D. de rei vind. 6. 1. L. 27. pr. D. de usufr. 7. 1. [d] L. 15. pr. D. de pignor. 20. 1. [e] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 13. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 78. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 12. §. 5. D. de usufr. 7. 1.

oder *industriales* unterscheiden[*]. Juristisch wird aber als Frucht auch der Gewinn behandelt, welchen man anders als durch natürliche Erzeugnisse aus einer Sache zieht[2], insbesondere als Ersatzwerth für den von einem Andern ausgeübten Genuß der Sache[3], fructus *civilis*[4]. Dahin gehören namentlich auch Zinsen, usurae, als Entgelt für den Genuß von einer Quantität vertretbarer Sachen.

Anm. [1] Jedoch: L. 28. §. 1. D. h. t. Partus vero ancillae in fructu non est...; absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit. L. 27. pr. D. de her. pet. 5. 3. „quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant". L. 68. pr. D. de usufr. 7. 1. „neque enim in fructu hominis homo esse potest". Puchta §. 87. not. a.

[2] L. 26. D. h. t. (Julianus) venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. — L. 49. ibid. Fructus rei est vel pignori dare licere.

[3] L. 36. D. h. t. Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. L. 29. D. de her. pet. 5. 3. Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum: operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturae navium et iumentorum. L. 34. D. h. t. Usurae vicem fructuum obtinent. cf. L. 121. D. de V. S.

[4] L. 62. D. de rei vind. 6. 1. „vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur". — Vgl. überhaupt Heimbach die Lehre von der Frucht. 1843. Savigny VI. S. 101 fg. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 259..269. Erörtr. 1. 3. Unger I. §. 56. Windscheid §. 144. und in Betreff der natürlichen Früchte insbesondere Göppert über die organischen Erzeugnisse. 1869, darüber aber Hartmann in d. krit. Vjschr. XI. S. 503 fg.

---

## Viertes Capitel.

## Von Entstehung und Endigung der Rechte.

### I. Im Allgemeinen.

### §. 56.

Entstehung eines Rechts ist Erwerbung desselben für eine bestimmte Person; Endigung eines Rechts ist Verlust desselben für dessen Subject. Beide treten ein in Folge irgend einer Thatsache oder des Zusammentreffens verschiedener Thatsachen, womit das Recht (im objectiven Sinn) jene Wirkung verbindet. Der Erwerb ist jedoch häufig so beschaffen, daß eine Person ein Recht desselben Inhalts, wie es bisher einer andern Person zustand, also materiell dasselbe Recht, welches diese hatte, erwirbt,

[*] L. 45. D. h. t. L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1.

das Recht somit nur als ein Recht jener Person neu entsteht, seinem Inhalt nach aber objectiv aufgefaßt nur als bisher schon bestehendes Recht von einer Person auf die andere übergeht; und in solchem Fall ist denn auch der Verlust des Rechts für den bisher Berechtigten nicht absolute Endigung desselben, insofern es objectiv, nur mit anderem Subject, fortbesteht[1]. Geschieht jener Uebergang des Rechts von einer Person auf die andre dergestalt, daß der Erwerb der letzten geradezu auf das bisherige Recht der ersten, also einer bestimmten Person, sich gründet, somit auch nur stattfindet, insofern dieser jenes Recht wirklich zustand, so ist der Erwerb ein abgeleiteter oder derivativer Erwerb; das Verhältniß des neuen Erwerbers zu dem bisherigen Inhaber des Rechts ist das der Rechtsnachfolge, Succession; der Erwerber ist Successor[a], Rechtsnachfolger des bisher Berechtigten; dieser ist Rechtsvorgänger, Rechtsurheber, Auctor[b], für den ersten. Die Succession aber kann sich entweder auf einzelne Sachen oder Vermögensobjecte als einzelne beziehen, d. i. successio in rem, in singulas res, in singularum rerum dominium, Singularsuccession, Sondernachfolge, oder zunächst eine Gesammtheit von Vermögensverhältnissen zum Gegenstande haben, d i. successio per universitatem[c], Universalsuccession, Gesammtnachfolge[2]; und die letzte kann entweder bloß Succession in eine Gesammtheit von Rechten sein[3] (blos adquisitio per universitatem[d]), oder Succession in eine Gesammtheit von Vermögensverhältnissen, Verbindlichkeiten wie Rechte (successio in omne ius oder in universum ius, in universa bona, z. B. defuncti[e]), welchen Charakter nach heutigem Recht alle Universalsuccessionen haben. Uebrigens gilt die Regel[3a]: neminem plus iuris in alium transferre posse, quam ipse habet[f], welche auch in Ansehung einer dem Rechte des Uebertragenden selbst anhaftenden Beschränkung rücksichtlich seiner Zeitdauer zur Anwendung kommt[4]. Aber dieser Regel unbeschadet kann doch Jemand kraft eines ihm zustehenden Rechtes einem Andern wohl ein Recht einräumen, welches er selbst als ein Recht dieser Art nicht hatte, z. B. der Eigenthümer eine Servitut[g], wo dann auch ein abgeleiteter Erwerb vorliegt. Mit Rücksicht darauf unterscheiden Manche translative und constitutive Ueber=

[a] L. 7. D. si serv. 8. 5. L. 51. pr. D. de fid. lib. 40. 5. L. 24. §. 1. D. de damno inf. 39. 2. [b] L. 175. §. 1. D. de R. J. L. un. Hermogen. Cod. de success. tit. 12. cf. L. 5. pr. L. 15. §. 1. D. de div. temp. 44. 3. L. 16. Cod. de evict. 8. 44 (45). (auctrix). L. 4. D. de evict. 21. 2. [c] L. 24. §. 1. cit. L. 37. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 3. §. 1. D. de except. rei vend. 21. 3. L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. L. 7. in f. L. 8. D. de iureiur. 12. 2. [d] Gai. III. 82..84. §. 6. J. per quas person. nob. acquir. 2. 9. §. 1. J. de acquisit. per arrogat. 3. 10. [e] L. 24. D. de V. S. L. 208. ibid. L. 8. 37. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 3. pr. D. de bon. poss. 37. 1. L. 24. §. 1. D. de damno infecto 39. 2. [f] L. 54. L. 175. §. 1. L. 177. pr. D. de R. J. 50. 17. [cf. L. 20. pr. D. de A. K. D. 41. 1.] [g] L. 63. D. de usufr. 7. 1.

**tragung von Rechten[5]. — Von der Entstehung und Endigung der Rechte unterscheidet man noch die Veränderung derselben, insofern dieselben rücksichtlich ihres Inhalts quantitativ oder qualitativ andre werden können[6].**

Anm. [1] Puchta §. 47. Eine andere Auffassung bei Windscheid §. 66: „Erwerb eines Rechts ist Verknüpfung des Rechts mit einem bestimmten Subject; Verlust eines Rechts ist Lostrennung des Rechts von dem Subjecte, mit welchem es bisher verknüpft war." — „Erwerb eines Rechts ist nicht nothwendigerweise Entstehung desselben. Er wäre es, wenn es keine Rechtsnachfolge gäbe; aber der Rechtsnachfolger erwirbt ein Recht, ohne daß es jetzt erst entstünde. In gleicher Weise ist der Verlust, welcher den Rechtsvorgänger betrifft, nicht Untergang des Rechtes." — Vgl. das. A. 1. „Ein anderer Grund, warum Erwerb und Entstehung, Verlust und Untergang des Rechts nicht nothwendigerweise zusammenfallen, liegt in der Möglichkeit des subjectlosen Bestehens der Rechte". Aber vergl. dagegen §. 21. A. 1.

[2] Ueber die Kennzeichen der Universalsuccession vgl. vorzüglich Hasse im Arch. V. 1. (§. 48. A. 5.) und Savigny III. S. 8 . . 21., [Birkmeyer Vermögen S. 29. 85 fg., welcher lehrt, der Gesammtnachfolger habe das Vermögen in seinen Bestandtheilen und zugleich als Gesammtheit], insbesondere über den Sprachgebrauch der Quellen Savigny S. 17 . . 21., auch Heimbach im Rtslex. XI. S. 604 . . 613. Die Römer (nach not. c.) bezeichnen bald die Succession überhaupt durch den Ausdruck „in locum succedere" und unterscheiden „sive per universitatem sive in rem", bald setzen sie ohneweiters als Arten der Succession entgegen das succedere „in universa bona" oder „in universum (oder omne) ius", und succedere „in rei (oder singularum rerum) dominium" oder „in rem". Succedere, successio, wird auch wohl blos von der Gesammtnachfolge gebraucht. Succedere oder successio in locum aber wird nicht immer von der Rechtsnachfolge verstanden, sondern heißt oft so viel als überhaupt: an die Stelle eines Andern treten, auch ohne dessen Rechtsnachfolger zu sein, z. B. Gai. III. 7. 8. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3. L. 24. D. de pec. const. 13. 5. (§. 374. 478.). Was übrigens die Singularsuccession betrifft, so hält Kuntze (Die Obligation und Singularsuccession. 1856. S. 67 fg.) den Ausdruck „succedere in rem" für den genauesten und das Wesen derselben charakteristisch bezeichnend, indem man als deren Gegenstand nicht das Recht, sondern die res selbst, das körperliche (Eigenthums-) Object anzusehen habe. Er übersieht, daß res in den Quellen unzähligemal das Eigenthumsrecht an der Sache, seinem Inhalt nach abstract aufgefaßt, bedeutet; der genauere Ausdruck ist offenbar „in dominium rei succedere", eben so wie „dominium transfertur" genauer ist als „res transfertur" (L. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1.). Die ganze Begriffsentwickelung Kuntze's und seine Entgegensetzung der beiden Arten der Succession scheint mir sowohl quellenwidrig als an sich verfehlt, soweit sie neu sein will, und richtig nur, soweit sie genau besehen mit andern Worten auf dasselbe hinauskommt, was bisher so ziemlich Alle eingesehen und angenommen haben. Die Vorstellung, daß die Singularsuccession eine Succession in das Recht des Auctors sei, spricht sich besonders charakteristisch aus in dem Ausdruck „dominium meum, suum transire". L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. (§. 145. A. 2.) Vgl. auch Dworzak in d. krit. Ueberschau IV. S. 55. Unger II. §. 74. Windscheid §. 64. A. 6. [Schey in d. Wiener Zeitschr. VIII. S. 153 fg.] Wenn dagegen wieder Neuner Rechtsverhältnisse S. 116 fg.

bemerkt: Object der Singularsuccession sei nicht das Recht des Auctors, sondern der Stoff, woran der Auctor ein Recht hatte, so kann dies wohl nichts anders bedeuten, als „materiell dasselbe Recht, das und wie und weil es bisher der Auctor hatte"; der Ausdruck aber scheint mir nicht glücklich. Man könnte wohl sagen: Der „Stoff des Rechts, das bisher dem Auctor zustand", aber „der Stoff, woran dieser ein Recht hatte"? Vgl. auch Exner d. L. v. Rechtserwerb durch Tradition S. 2. A.

[3] Dahin gehören nach vorjustinianischem Recht der Fall der Arrogatio und der conventio in manum einer femina sui iuris, [dagegen Zróbkowski I. S. 147. 163 fg.] nach justinianischem Recht wohl noch der Fall der revocatio in servitutem propter ingratitudinem und der des Freiheitsverlustes wegen pretii participandi gratia vorgenommenen Verkaufes (arg. §. 1. J. de succ. sublat. 3. 12.), beide jetzt unpraktisch. Nicht treffend scheint es mir, wenn Savigny III. S. 15. A. e. den Grund, warum bei der Arrogation die Schulden nicht auf den Arrogator übergingen, darin findet, daß sie durch die capitis deminutio zu Grunde gingen. Der Grund lag vielmehr darin, daß der Arrogirte in dieselbe Lage versetzt wurde, als ob er ex iustis nuptiis erzeugt wäre. Wie er alsdann dem Vater zwar erworben, aber denselben nicht direct obligirt hätte, so mußte auch nach der Arrogation derselbe Erfolg eintreten, selbst wenn die Obligationen des Arrogirten bestehen blieben. Aber indirect wurde dieser Erfolg durch das prätorische Recht wieder der Billigkeit gemäß ausgeglichen. [Birkmeyer a. a. O. S. 248 fg. 283 fg., erklärt die Universalsuccession für zusammenfallend mit der acquisitio per universitatem; sie soll nur sein ein einheitlicher Erwerb der sämmtlichen Activa einer Person. Vgl. jetzt noch Voigt die XII Tafeln II. §. 104.]

[[3a] Vgl. Carlin Niemand kann auf einen Andern mehr Recht übertragen, als er selbst hat. 1882. und Ebbecke Berechtigung und äußere Befugniß. 1884.]

[4] Fitting Begriff der Rückziehung, S. 66 fg., vgl. §. 128. A. §. 560. A. 3.

[[5] Für „überflüssig und unbrauchbar" erklärt diese Unterscheidung Exner a. a. O. S. 3 fg. (vgl. auch Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 53 fg.), indem er auch auf Fälle, wie der im Text genannte, den Begriff der Succession anwendet. Dagegen Zróbkowski II. S. 214, und vgl. auch Wächter Pand. §. 68. Beil. I.]

[6] Windscheid §. 64. Dieser stellt unter den Begriff „Veränderung des Rechts" auch den Fall der Rechtsnachfolge als Aenderung der Rechte in Betreff ihres Subjects. Vgl. A. 1. [Ebenso Zróbkowski II. S. 221 fg. und Schey in d. Wiener Zeitschr. VII. 15. S. 746 fg., VIII. 3. S. 110 fg. IX. 7. S. 344 fg.]

## §. 57.

Thatsachen, positive oder negative, insofern sie, einzig oder im Verein mit anderen, Entstehung oder Endigung oder auch nur Aenderung eines Rechts zu bewirken, also eine juristische Wirkung hervorzubringen geeignet sind, nennt man juristische Thatsachen[1]. Ist zur Hervorbringung einer bestimmten rechtlichen Wirkung ein Zusammentreffen mehrerer Thatsachen erforderlich, so können die einzelnen diesen Thatbestand bildenden Thatsachen möglicher oder auch nothwendiger Weise der Zeit nach auseinanderfallen[1a]. Ob ein bereits eingetretener Thatbestand eine bestimmte rechtliche Wirkung, die er seiner Natur nach haben kann, wirklich habe, kann noch von einer in der Zukunft liegenden That=

sache abhangen, also einstweilen ein Zustand der Rechtsungewißheit daraus hervorgehen[2]. Die dadurch begründete Möglichkeit einer bestimmten künftigen Rechtswirkung kann jedoch gewisse Wirkungen auch schon für die vor der Entscheidung liegende Zeit äußern. Die durch einen Thatbestand entschiedene Gestaltung eines Rechtsverhältnisses aber wirkt in der Regel nur für die Zukunft, wird jedoch ausnahmsweise auch auf die vergangene Zeit zurückbezogen und das jetzt entschiedene Rechtsverhältniß so betrachtet, als ob es schon in jener Zeit bestanden hätte[3]. Dies kann auch aufgefaßt werden als Fiction, die entscheidende Thatsache sei schon früher eingetreten, so wie auch sonst wohl in das Gewand der Fiction sich eine Rechtsregel kleidet, kraft welcher eine gleiche Rechtswirkung stattfindet, als ob ein gewisser Thatbestand vorläge, der doch in Wirklichkeit sich anders verhält[4].

Die juristischen Thatsachen sind überhaupt sehr manchfaltig und genauer nur mit besonderer Beziehung auf die verschiedenartigen Rechtsverhältnisse, auf die sie Einfluß haben, zu bestimmen. Im Allgemeinen sind namentlich hervorzuheben Handlungen und der Ablauf der Zeit. Eine Handlung von Seiten eines Berechtigten, welche auf Endigung seines Rechts, insbesondere eines Vermögensrechts, ganz oder theilweise, oder auf Beschränkung desselben durch ein Recht eines andern gerichtet ist, heißt Veräußerung, alienatio, im weitern Sinn. Selbst das Zulassen eines Rechtsverlustes, den man abwenden könnte, wenn gleich derselbe nicht durch den Willen eintritt, wird unter jenen Begriff gestellt. In engerem Sinne heißt Veräußerung das Aufgeben eines Rechts, das mit dessen Uebertragung an einen Andern verbunden ist, oder auch Einräumung eines dasselbe beschränkenden Rechts[a]. Das Aufgeben eines Rechts schlechthin dagegen, aber auch die Erklärung, ein Recht, das man erwerben könnte, nicht erwerben zu wollen, heißt insbesondere Verzichtleistung[5], renuntiatio[b].

Durch Verzicht kann auch ein Privilegium, im engern wie im weitern Sinn, aufgehoben oder dessen Anwendung im einzelnen Falle ausgeschlossen werden[c]. Privilegien können außerdem erlöschen[5a] durch Wegfallen der wesentlichen Voraussetzungen ihrer Ertheilung, also namentlich durch den Tod der Person oder Untergang der Sache, der sie verliehen, oder durch Endigung des Verhältnisses, womit sie verbunden

[a] L. 7. Cod. de reb. al. 4. 51. L. 3. §. 5. L. 5. §. 8. D. de reb. eor. 27. 9. L. 5. 6. 16. D. de fundo dot. 23. 5. L. 44. D. de don. int. v. et u. 24. 1. L. 28. pr. D. de V. S. 50. 16. [b] L. 11. Cod. de reb. cred. 4. 1. L. 4. §. 4. D. si quis caut. 2. 11. cap. 3. 5. X. de renuntiat. 1. 9.
[c] L. 41. D. de minor. 4. 4. L. 29. Cod. de pact. 2. 3. L. 1..3. Cod. de his qui sponte mun. publ. 10. 44 (43). — cf. cap. 12. X. de foro compet. 2. 2.

sind[d], ferner auch durch Widerruf von Seiten der Staatsgewalt, welcher jedoch, wo nicht das Privilegium auf Widerruf ertheilt ist[e], oder der Mißbrauch die Strafe der Entziehung begründet[f], nur aus Gründen, die überhaupt einen Eingriff in Privatrechte rechtfertigen, und nicht ohne Entschädigung stattfinden sollte[6]; endlich durch den Tod des Verleihers, wenn sie ad suae voluntatis beneplacitum verliehen sind[7].

Anm. [[1] Vgl. überhaupt Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft. S. 220..229.]

[1a] Vgl. Köppen in d. dogm. Jahrb. XI. S. 144 fg. „Theorie der successiven Entstehung der Rechtsgeschäfte", S. 163 fg. „Vergleichung mit der Theorie der successiven Entstehung der Rechtsverhältnisse"; ein Auszug in des Vf. Schrift: der Fruchterwerb des b. f. possessor (1872), S. 17..22. A. 48. Vgl. Windscheid §. 67. A. 1. 2. [Bruns Kl. Schr. II. S. 456 fg.]

[2] „In *pendenti*, in *suspenso* est" oder „pendet" z. B. dominium, L. 12. §. 5. L. 25. §. 1. D. de usufr. 7. 1., causa obligationis, L. 20. D. de don. int. v. et u. 24. 1., servi (legati) status, L. 86. §. 2. D. de legat. I., alienatio, L. 3. §. 5. D. de statulib. 40. 7. Auch auf die rechtbegründende Thatsache, deren Wirkung eben noch suspendirt ist, wird der Ausdruck angewendet. L. ult. D. comm. praed. 8. 4. L. 8. D. de reb. cred. 12. 1. L. 14. §. 1. D. de castr. pec. 49. 17. Wächter das schwebende Eigenthum, 1871. [Pand. I. §. 69. Beil. IV.] Jhering in d. dogm. Jahrb. X. S. 476 fg. Bechmann das jus postliminii, 1872. Köppen a. a. O. [Karlowa Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877. S. 12 fg.]

[3] Vgl. Fitting der Begriff der Rückziehung. 1856., und darüber Scheurl in d. krit. Ueberschau V. S. 24 fg. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. IV. S. 35 fg. — Rückziehung im vollen Sinn des Wortes ist dann vorhanden, wenn durch die spätere Thatsache entschieden und erkannt wird, daß ein bisher noch fragliches Rechtsverhältniß schon früher bestanden habe: z. B. L. 43. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1. „intelligitur fructuarii homo fuisse", L. 25. §. 1. D. de usufr. „in pendenti esse dominium eius et numerationem pretii declaraturam cuius sit: nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse", L. 86. §. 2. D. legat. I. „Quum servus legatur... si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur; si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur". L. 19. §. 5. D. de castr. pec. 49. 17. „dominia, ut ex (post) facto retro fuisse aut non fuisse patris credamus", L. 20. ibid. „et ab initio patris esse eum videri, ex hoc, quod postea contigit, ostenditur". Von rückwirkender Kraft einer Thatsache kann man aber auch in so fern reden, als das durch diese erst für die Folgezeit herbeigeführte Rechtsverhältniß, weil schon früher als möglich in Aussicht gestellt, in irgend einer Beziehung auf die Vergangenheit zurückwirkt. Fitting a. a. O. hat dieses durch den Ausdruck „Vorwirkung" bezeichnet. Allein diese „Vorwirkung" stellt sich nach vollendeter Thatsache eben nur als eine Art der Rückwirkung dar, z. B. in L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. vgl. mit L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 38. D. de legat. II. (§. 560.). Vorher aber kann man von einer Vorwirkung nur etwa in

[d] L. 1. §. 1. 2. L. 5 (4). D. de iure immun. 50. 6. [e] cap. 5. de rescriptis. in 6to. 1. 3. [f] L. 3. Cod. de aquaeductu. 11. 43 (42). can. 7. Dist. 74. cap. 43. X. de rescriptis. 1. 3. cap. 11. 24. X. de privilegiis et excessibus privilegiatorum. 5. 33.

so fern reden, als schon jetzt die Möglichkeit des künftigen Rechtserwerbs irgendwelche Wirkung hat, z. B. die Befugniß gibt, Sicherheitsleistung zu verlangen (§. 378. A. 3. §. 590.), und dies ist nicht so sehr eine Vorwirkung des künftigen Rechtserwerbs, als vielmehr eine gegenwärtige Wirkung der jetzt schon begründeten Möglichkeit desselben.

4 Vgl. darüber Demelius die Rechtsfiction (1858) mit Arndts in d. krit. Vjschr. I. S. 93 fg. (civilist. Schr. I. 3.). [Ihering Geist d. R.R. III. 1. S. 284 fg. (1. Aufl.) — Bülow im civ. Arch. LXII. 1. S. 1 fg. Wach in d. Wiener Zeitschr. VII. 4. S. 130 fg. R. Leonhard In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen C.P.O. Fictionen? (1880). (Ueber diese Schriften Kohler in d. krit. Vjschr. XXII. S. 355 fg., 369 fg.) Bierling z. Kritik d. jur. Grundbegr. II. S. 85 fg.]

5 Ueber Veräußerung und Verzicht vgl. im Allgemeinen Savigny IV. §. 145.. 148. Unger II. §. 94. Windscheid §. 69 a. E. [Wächter Pand. §. 69. Beil. II. III.]; über Verzicht insbesondere Bacher in d. dogm. Jahrb. V. 5. (eine nicht ganz glückliche „Revision des Verzichtsbegriffs“).

[5a Vgl. überhaupt Pfaff und Hofmann Comment. I. S. 341..352.]

6 Anderer Meinung ist Kierulff I. S. 58..61. „Es ist die Natur des Privilegs, von der Staatsgewalt abhängig zu sein, weil es die Momente des Gesetzes und des Rechts in sich vereinigt.“ Man könnte mit gleichem Fug sagen: „weil das Privileg mit dem Momente des Gesetzes das des Rechts in sich vereinigt, so liegt es in seiner Natur, gleich jedem andern Privatrecht von der Staatsgewalt unabhängig zu sein.“ Vgl. jedoch auch Seuffert's Arch. II. 123. Windscheid §. 136.

7 Cap. 5. de rescript. in 6to. 1. 3. Si gratiose tibi a Romano pontifice concedatur, ut beneficia, quae tempore tuae promotionis obtinebas, posses usque ad suae voluntatis beneplacitum retinere, huiusmodi gratia per eius obitum, per quem ipsius beneplacitum omnino extinguitur, eo ipso exspirat. Secus autem, si usque ad apostolicae sedis beneplacitum gratia concedatur praedicta. Tunc enim, quia sedes ipsa non moritur, durabit perpetuo, nisi a successore fuerit revocata. Schlayer in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 92 fg. — In wiefern auch durch Nichtgebrauch Privilegien verloren werden? L. 1. D. de nund. 50. 11. Cap. 6. 15. X. de privil. 5. 33. Seuffert §. 21. A. 9. Fritz in Linde's Ztschr. IV. 6. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 833 fg. Unger II. §. 107. S. 320 fg.

## II. Von Handlungen in Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

### §. 58.

### A. Begriff und Arten.

Handlung ist eine in der Sinnenwelt hervortretende Aeußerung des Willens[a]. Sie ist 1) entweder positive oder negative Handlung, Handlung im engern Sinn oder Unterlassung, Omissivhandlung; 2) entweder erlaubte oder unerlaubte (rechtswidrige) Handlung. Alle diese können juristische Wirkungen haben, und heißen insofern juristische

a L. 53. in f. L. 225. D. de V. S. L. 18. D. de poenis. 48. 19.

Handlungen i. w. S. Handlungen aber, deren Zweck und Absicht wesentlich eine juristische Wirkung ist, d. i. die darauf gerichteten Willenserklärungen, heißen insbesondere **Rechtsgeschäfte**, juristische Handlungen i. e. S.

[Anm. Vgl. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft. S. 29 fg., 229 fg. Sammasch Handlung und Erfolg, in d. Wiener Zeitschr. IX. S. 228 fg. v. Berger über Bewirken durch Unterlassen, ebda. IX. 14. S. 734 fg.]

## B. Erfordernisse der Handlungen.

### §. 59.

#### 1) Handlungsfähigkeit.

Die Handlung setzt vor Allem **Willensvermögen** in dem Handelnden voraus[1]. Also sind **handlungsunfähig** 1) juristische Personen[2], 2) Kinder, infantes[a], als welchen juristisch noch gar kein Willensvermögen beigelegt wird (§. 36.), 3) Wahn- und Blödsinnige[b], furiosi, dementes (§. 37.), ausgenommen[3] in lichten Zwischenräumen[c], und so auch diejenigen, die nur vorübergehend in einem Zustande von Geistesabwesenheit sich befinden[d], was jedoch nicht jede Verantwortlichkeit ausschließt, insofern sie sich durch ihre Schuld in solchen Zustand versetzt haben[4]. Nur eine **Beschränkung** der Handlungsfähigkeit findet statt: a) bei impuberes infantia maiores; diese können nämlich solche juristische Handlungen, wodurch sie ihre Rechte nicht schmälern oder gefährden, sondern lediglich gewinnen, selbständig vornehmen, andre aber nicht ohne Auctoritas des Tutors[e]; auch werden pubertati proximi imputabler unerlaubter Handlungen fähig gehalten[f]; b) bei erklärten Verschwendern[5]; diese können keine die ihnen entzogene Vermögensverwaltung betreffende Handlung wirksam vornehmen[g]; c) bei mündigen Minderjährigen; diese können gewisse Handlungen nicht ohne Zustimmung eines Vormundes vornehmen, und erleiden allgemein eine Beschränkung, insofern ihnen die eigene selbständige Verwaltung ihres Vermögens entzogen ist[6]; d) bei Frauen, als welchen die Fähigkeit zu gewissen Handlungen [s. z. B. §. 359. 442. 486.] regelmäßig nicht zusteht; e) bei denjenigen, welchen

[a] L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. — §. 10. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 12. cit. L. 5. §. 2. cit. L. 1. §. 3. D. de poss. 41. 2. L. 40. D. de R. J. [c] L. 2. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 9. Cod. qui test. fac. poss. 6. 22. [d] L. 17. D. qui test. fac. 28. 1. L. 48. D. de R. J. cf. L. 3. D. de divort. 24. 2. — c. 7. §. 1. C. 15. qu. 1. [e] pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 9. D. de auct. tut. 26. 8. cf. L. 10. D. de ignor. 22. 6. [f] §. 18 (20). J. de obl. ex delicto. 4. 1. L. 111. pr. D. de R. J. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [g] L. 10. pr. D. de curat. fur. 27. 10. L. 9. §. 7. D. de reb. cred. 12. 1. L. 29. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 6. D. de V. O. 45. 1. L. 25. D. de fideiuss. 46. 1. L. 3. D. de novat. 46. 2. L. 5. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 18. pr. D. qui test. fac. 28. 1.

die Fähigkeit fehlt, ihren Willen der Form nach so zu äußern, wie es zu einer Handlung erforderlich ist, z. B. Stumme, Taube, soweit das Hinderniß reicht[b].

Anm.. [1] Vgl. überhaupt Savigny Bd. III. §. 106..112. Unger II. §. 76. [Zitelmann a. a. O. S. 359 fg. Bruns Kl. Schr. II. S. 459 fg.]

[2] Für die juristische Person kann nur durch natürliche Personen als deren Repräsentanten gehandelt werden. L. 1. §. 22. D. de poss. 41. 2. „municipes ... uni (universi) consentire non possunt", L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3. Ulp. XXII. 5. „neque cernere universi neque pro herede gerere possunt". L. 97. D. de cond. 35. 1. [Anders jetzt Curtius im civ. Arch. LXIV. 3. S. 150 fg.] Da nun zum Zwecke unerlaubter Handlungen keine Vertretung zugelassen sein kann, so können auch solche nicht einer juristischen Person beigemessen werden; diese kann nicht durch Delicte unmittelbar verpflichtet werden. L. 15. §. 1. D. de dolo. 4. 3. („quid enim municipes dolo facere possunt"?) L. 4. D. de vi. 43. 16. Nov. Maioriani tit. 7. §. 11. Nur scheinbar widersprechend ist L. 9. §. 1. 3. D. quod. met. 4. 2. Vgl. Savigny II. S. 310..323. Puchta §. 50. not. d. Ritter. III. S. 70 fg. Unger I. §. 43. A. 46..49. Windscheid [noch in d. 4. Aufl.] §. 59. a. E. [Gierke Genoss.R. III. S. 168 fg.] Gleichwohl sind in Betreff der Corporationen noch Manche mit Sintenis I. S. 122 fg. anderer Meinung, welche sie durch Bezugnahme auf Strafbestimmungen des canonischen Rechts und deutscher Reichsgesetze gegen Corporationen unterstützen: cap. 4. de cens. in 6to. 3. 20. cf. cap. 5. de sent. excomm. in 6to. 5. 11. Auth. Frid. item nulla und item quaecunque in Cod. 1. 3., aurea bulla XV. §. 4. u. a. (Savigny S. 322.) Vgl. auch Seuffert's Arch. XV. 26. Bekker in d. dogm. Jahrb. XII. S. 120 fg. (§. 324.) [Sonnenschmidt Pract. Erört. S. 91 fg. und jetzt Windscheid 5. Aufl. a. a. Orte: „... insofern .. eine im Namen der juristischen Person vorgenommene Handlung, welche der Vertreter im Namen der juristischen Person vorzunehmen befugt war, den Thatbestand eines Delicts darstellt, wird sich die Corporation der Entschädigungspflicht gerechterweise nicht entziehen können." S. noch Löning die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten (1879), bes. S. 54 fg. Gierke III. S. 234 fg., 342 fg., 402 fg., 491 fg., 738 fg. Curtius a. a. O. S. 164. Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts I. 12. S. 335 fg.]

[3] Nicht durchaus so nach heutigen Particularrechten. Unger II. §. 76. A. 7. §. 100. A. 14..16. Vgl. Reyscher in d. Ztschr. für deutsches Recht XIII. 9. Arnold das gerichtl. Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender [1861] S. 49 fg. [Dieses Verfahren „in Entmündigungssachen" (einschl. der Prodigalitätserklärung) ist ausführlich und erheblich abweichend vom bisherigen gemeinen Recht geregelt in der Reichs-C.P.O. §. 593..627. Vgl. Dernburg 2. Aufl. §. 75. 76. Mandry Reichsges. S. 29 (2. Aufl. 42) fg. 92. (S. 115) fg. Dazu Bähr krit. Vjschr. XXV. S. 543 fg. 546.]

[4] Unger a. a. O. §. 76. A. 9. 10. vgl. Seuffert's Arch. III. 4. 140. XIII. 243.

[5] Nicht unbedingt und allgemein wahr ist es, was L. 40. D. de R. J. (Pompon. lib. 34. ad Sab.) sagt: Furiosi vel eius, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est. Vgl. L. 19. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. (Pompon. lib. 14. ad Q.

[b] §. 7. J. de inutil. stip. 3. 19.

Muc.). Labeo ait, si patiente vicino opus faciam, ex quo ei aqua pluvia noceat, non teneri me actione. L. 20. eod. Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantis est. Savigny III. S. 88. [Wächter Pand. I. S. 349 fg. 354. Leonhard Irrth. §. 23.] Ueber den Zeitpunkt, von welchem an die Entmündigung (Interdiction, Prodigalitätserklärung) in Wirksamkeit tritt: Seuffert's Arch. XVII. 147. 206. XVIII. 206. XIX. 10. XXV. 118. Dagegen XIX. 115. Unwirksamkeit freiwilliger oder vertragsmäßiger Entmündigung: das. XIII. 9. XV. 136. XVIII. 125. [Vgl. noch Ubbelohde die Handlungsfähigkeit des Prodigus und des Minderjährigen nach gem. R. in d. Wiener Ztschr. IV. 10. S. 671 fg.]

6 L. 101. D. de V. O. 45. 1. Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis. cf. L. 141. §. 2. D. de V. O. — L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 21 (22). Si curatorem habens minor 25 annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem .. non prohiberis. Vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. II. 12. Savigny in d. Ztschr. für geschichtl. Rtsw. X. 3. (vermischte Schr. II. 18.). Puchta §. 51. not. d. und Vorles. I. Beil. II. Brinz (1. Aufl.) S. 42 fg. Windscheid §. 71. A. 8. Ihering in d. dogm. Jahrb. XII. S. 347 fg. Vgl. §. 452. A. 1. 2. [Ubbelohde a. a. O. Huschke die vermögensrechtl. Handlungsf. der mündigen Minderj. in ihrer geschichtl. Entw., in der Zeitschr. für Rechtsgesch. XIII. S. 311 fg.]

## 2) Willensbestimmung.

## §. 60.

### a) Wirklichkeit des Willens.

Die im Allgemeinen handlungsfähige Person muß auch im einzelnen Falle dasjenige wirklich gewollt haben, was als ihre Willensmeinung erscheint[1]. Ist dies nicht der Fall[2], so besteht eben nur der Schein einer Handlung, die nicht wirklich existirt, der Schein eines erklärten Willens, nicht erklärter wirklicher Wille oder doch nicht derjenige, der erklärt zu sein scheint[3], es sei nun jener Schein durch den Handelnden selbst mit Bewußtsein hervorgerufen[a] oder absichtlich bezweckt (Simulation[b]), oder sonst irgendwie entstanden. Es kann insbesondere die Folge eines Irrthums der handelnden Person oder eines Mißverständnisses unter mehreren sein, daß der Schein eines bestimmten Willens oder einer Willenseinigung erzeugt wurde, wo wirklich das eine

a L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 24. D. de test. mil. 29. 1. b Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. 4. 22. — L. 30. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 3. Cod. de repud. 5. 17. — L. 36. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. §. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 16. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16.

und das andere nicht vorhanden ist[a]. Es kann auch durch Zwang geschehen[4]. Aber es kann auch die wirklich vorhandene Willensbestimmung an einem Mangel leiden, weil sie auf einem Irrthum beruht oder durch Zwang hervorgerufen ist.

Anm. [1] Vgl. Savigny System III. §. 134. 135. Unger II. §. 87 . . 89. Windscheid §. 75 . . 77. [Schloßmann Vertrag S. 80 fg. Schall der Parteiwille im Rechtsgeschäft. 1877. (Darüber Steinlechner in d. Wiener Zeitschr. V. S. 173 fg.) Windscheid Wille und Willenserklärung 1878, jetzt auch abgedruckt im civ. Arch. LXIII. 3. S. 72 fg. Zitelmann die jurist. Willenserklärung in d. dogm. Jahrb. XVI. 3. Irrthum und Rechtsgeschäft bes. Cap. 1 und 2, dann S. 235 fg., 255 fg., 396 fg. Mommsen Erörterungen aus dem Obl. R. II. (1879) S. 93 fg. Scheiff die Divergenz zwischen Wille und Erklärung. 1879. (Drbr. Brandis in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 196 fg.) Bruns Kl. Schr. II. S. 473 fg. Schloßmann und noch mehr Schall vertreten den schon früher von Anderen gelehrten Satz, es sei bei Willenserklärungen (oder bei gewissen Willenserklärungen) für deren rechtliche Wirkung nicht der wirkliche Wille des Erklärenden, sondern dasjenige das Maßgebende, was dem der Erklärung Gegenüberstehenden als Wille des Erklärenden erscheinen dürfe. Dagegen die übrigen angeführten Schriftsteller. Vgl. aber jetzt G. Hartmann Wort und Wille im Rechtsverkehr, in d. dogm. Jahrb. XX. 1. S. 1 . . 79. Leonhard d. Irrthum bei nichtigen Verträgen. Ein Beitrag zur Vereinfachung d. Vertragslehre. I. 1882. II. (S. 287 fg.) 1883. (Drbr. Lotmar in der krit. Vjschr. XXV. S. 368 fg. Rassow in seinen Beitr. XXVII. S. 760 fg. Mandry im civ. Arch. LXVI. S. 480 fg.) Auch Thomsen d. rechtl. Willensbestimmung. 1882. Bähr Urtheile des Reichsgerichts. Nr. II. III. S. 3 fg.]

[2] Daß es nicht der Fall sei, muß, wo eine an sich genügende Erklärung eines Willens vorliegt, derjenige beweisen, der es behauptet; der Einwand, daß man innerlich anders gedacht, als äußerlich erklärt habe (sog. *reservatio mentalis*), ist ohne rechtliche Bedeutung. Savigny S. 259. Ihering in d. dogm. Jahrb. IV. S. 74 fg. Vgl. W. Röver über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen 1874, insbesondere über Mentalreservation und Simulation, S. 49 fg. [Kohler Studien über Mentalreservation und Simulation in d. dogm. Jahrb. XVI. 2. 7. Regelsberger im civ. Arch. LXIII. S. 167 fg. Scheiff S. 24 fg. Leonhard a. a. O. S. 131 fg. 362 fg. Voigt die XII Tafeln I. S. 179 fg. Ueber den Unterschied zwischen Geschäften zur Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis) und simulirten Geschäften: Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. IX. S. 52 fg.]

[3] Ueber den Satz: plus valet quod actum quam quod scriptum (vgl. not. b.): Arnold im civ. Arch. XLIX. 2.

[4] z. B. wenn Jemand zur Unterschrift einer Urkunde gezwungen ist, deren Inhalt er nicht kennt. Savigny a. a. O. S. 261. Arnold a. a. O. S. 50. [Ueber diesen und andere verwandte Fälle, „in denen der bewußte Wille für die geschehende körperliche Bewegung fehlt“: Brinz Pand. 1. Aufl. S. 1393 fg. Zitelmann Irrth. u. Rechtsg. S. 359 fg. Dagegen Leonhard a. a. O. S. 141 fg.]

[a] L. 15. D. de iurisd. 2. 1. L. 2. pr. D. de iud. 5. 1. L. 9. pr. D. de hered. inst. 28. 5. L. 57. D. de O. et A. 44. 7. L. 116. §. 2. D. de R. J. (§. 238. 239. §. 491. not. b.)

### b) Mängel der Willensbestimmung.

## §. 61.

### *a*) Zwang[1].

Ist Jemand mit physischer Gewalt, ohne alle eigene Willensthätigkeit, zur Hervorbringung einer Wirkung mißbraucht worden (sog. vis *absoluta*), so kann von einer Handlung desselben keine Rede sein. Es kann aber auch ein Zwang auf den Willen ausgeübt werden (sog. vis *compulsiva*); der Wille kann durch Furcht zu einer Handlung bestimmt werden[2]. Unbillig wäre es, einer solchen erzwungenen Handlung vollkommen die rechtliche Wirkung beizulegen, die sie sonst nach sich zieht. Der [erzwungenen] unerlaubten Handlung kann der Zwang zur Entschuldigung gereichen und den Zwingenden als eigentlichen Urheber dafür verantwortlich machen. Auch gewährt das Recht jedenfalls eine Abhülfe, und zwar nicht bloß dem Zwingenden gegenüber, zu Gunsten desjenigen, der durch Zwang zu einer ihm rechtlich nachtheiligen Willenserklärung getrieben wurde[a], und ausnahmsweise[3] ist ein erzwungenes Rechtsgeschäft [sogar] schlechthin nichtig[b]. Damit aber Zwang oder Furcht solche Berücksichtigung finde, ist erforderlich, daß eine gegründete[c] Furcht vor einem nicht unbedeutenden Uebel[d] durch widerrechtliche Gewalt oder Drohung[e] eines Andern absichtlich[f] erregt worden sei[4].

Anm. [1] Savigny a. a. O. §. 114. Wächter Württ. Pr.R. II. §. 106. Unger II. §. 80. Zu wesentlich andern Ergebnissen als diese Schriftsteller, mit denen die bisher herrschende Meinung übereinstimmt, gelangt eine gediegene Schrift von Schliemann die Lehre vom Zwange (1861) vgl. Aarons in Schletter's Jahrb. VIII. S. 9 fg. Dagegen: Dworzak in Haimerl's Vjschr. IX. Lit. S. 36..46. Linde's Ztschr. N. F. Bd. XX. Rundschau S. 1..6. Windscheid §. 80. A. 2. Vgl. auch Bekker in d. krit. Vjschr. III. S. 180..185. 202..206., ferner J. A. Kramer de leer van den psychischen dwang in het burgerlijke regt. 1864. (krit. Vjschr. VI. S. 416 fg.) Brinz 1. Aufl. S. 1420 fg. Czyhlarz in d. dogm. Jahrb. XIII. 1. Schloßmann d. L. v. Zwange 1874; [darüber Spaltenstein in d. krit. Vjschr. XVII. S. 119 fg. — Kohler a. a. O. S. 96 fg. Leonhard Irrthum S. 391 fg. Vgl. auch Voigt die XII Tafeln I. S. 176 fg.]

[2] L. 21. §. 5. D. quod met. causa. 4. 2. Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici: quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per praetorem restituendus sum. L. 85. D. de adquir. her.

[a] Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 19 (20). (§. 121. 237.) [b] L. 9. pr. L. 17. pr. D. qui et a quib. manum. 40. 9. Dosith. fragm. de manum. §. 7 (9). cf. L. 9. §. 2. D. h. t. cap. 15. 17. 28. X. de sponsal. 4. 1. cap. 2. X. de eo qui dux. in matr. 4. 7. [c] L. 6. 7. pr. L. 9. pr. D. h. t. L. 184. D. de R. J. [d] L. 3. §. 1. L. 4. 5. 7. §. 1. L. 8. 22. 23. §. 1. D. h. t. L. 7. 10. Cod. h. t. cf. L. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [e] L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 6. Cod. h. t. [f] L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. L. 21. pr. D. h. t.

29. 2. „ut, quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas". L. 21. 22. D. de ritu nupt. 23. 2. „si patre cogente ducit uxorem . . . maluisse hoc videtur." Dagegen L. 6. §. 7. D. de acquir. her. 29. 2.? Celsus . . . scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, . . . heredem non fieri. [Leonhard a. a. O. S. 511. Note 1.]

[3] Schliemann a. a. O. behauptet, auf Grund der Stellen in A. 2. und not. b., sodann L. 21. §. 3. 4. 6. L. 22. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. Pauli sentt. I. 7. §. 6. Consult. vet. Icti. I. §. 6. 7., im R. R. finde sich ein Widerspruch darüber, ob erzwungene Rechtsgeschäfte nichtig oder nur anfechtbar seien? Bei diesem Widerspruch der Quellen müsse die Theorie nach der Natur der Sache, da es immer zweifelhaft sei, ob der erzwungenen Erklärung wirklicher Wille entspreche oder bloß die Erklärung, nicht deren Inhalt, gewollt sei, sich für Nichtigkeit entscheiden, die jedoch der Verfasser in eigenthümlicher Weise zu beschränken nothwendig findet. Vgl. dagegen die in A. 1. citirten Schriften, aber auch noch unten §. 491. A. 2.

[4] Ueber die Voraussetzungen eines iustus metus: Savigny a. a. O. S. 105 fg. Schliemann S. 15 fg. — L. 5. D. h. t. „Metum accipiendum . . . maioris malitatis"; insbes. Bedrohung des Lebens, des Leibes, der Freiheit (not. d.), nicht bloß des guten Rufes oder der persönlichen Ruhe, z. B. durch Bedrohung mit Processen. [arg. L. 10. C. h. t.] Daß nur jene genügen soll (Savigny) oder wenigstens eine Bedrohung der Person überall erforderlich sei (Schliemann), „erscheint bei der unbestimmten Ausdrucksweise der Quellen bedenklich". Windscheid §. 80. A. 6. [Glasenapp über d. metus accusationis, im civ. Arch. LXV. 8. S. 258 fg. läßt auch die Bedrohung mit Processen genügen, wenn die Durchführung derselben dem Bedrohten ein maius malum in Aussicht stellt]. — L. 6. D. h. t. „metum non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo (Hal. *hominem constantissimum*) cadat", welcher Superlativ nicht zu streng zu nehmen ist. Schliemann S. 26 fg. — Bei der Frage, ob die Drohung widerrechtlich (not. e.), „kommt es nicht darauf an, ob die Zufügung des angedrohten Uebels, sondern ob die Drohung gerechtfertigt war oder nicht." Schliemann S. 24 fg. — Uebrigens ist auch gegen Drohungen anderer Art nicht jeder rechtliche Schutz versagt. Savigny §. 114. not. p. r. (§. 336. 343.)

## §. 62.

### β) Irrthum.

Irrthum oder Unwissenheit[1] schließen an sich nicht, gleich der Bewußtlosigkeit, die Willensbestimmung aus[2]; das unter dem Einflusse einer irrigen Vorstellung Gewollte ist doch wirklich gewollt, und regelmäßig ist die Wirksamkeit einer Handlung, obgleich sie durch Irrthum veranlaßt ist, dieselbe wie sonst[3], wo nicht wegen obwaltenden Irrthums oder Mißverständnisses nur der Schein eines bestimmten Willens oder einer Willenseinigung entstanden ist [§. 60.][4]. In vielen Fällen jedoch begründet der einer Handlung oder Unterlassung zum Grunde liegende Irrthum eine Aenderung in der regelmäßigen Wirkung derselben; in andern Fällen ist der Irrthum erheblich als eine der thatsächlichen Voraussetzungen, womit das Recht eine gewisse Wirkung verknüpft. Soll

nun aber ein Irrthum zur Erlangung eines rechtlichen Vortheils oder zur Abwendung eines rechtlichen Nachtheils gereichen, so kommt es in der Regel darauf an, ob der Irrthum verzeihlich, entschuldbar sei. In dieser Beziehung ist wichtig die Unterscheidung zwischen Rechtsirrthum (error s. ignorantia iuris) und Irrthum über Thatsachen, factischem Irrthum (error s. ignorantia facti[a]). Der Rechtsirrthum wird in der Regel nicht entschuldigt, man möchte denn keine Gelegenheit zu besserer Belehrung gehabt haben[5]; der Irrthum über Thatsachen aber wird verziehen, wenn er nur nicht auf grober Nachlässigkeit beruht[6]. Daher: regula est, iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere[7]. Manchen Personen aber wird auch der Rechtsirrthum nachgesehen in Fällen, wo er andern zum Nachtheil gereicht, namentlich im weitesten Umfange Minderjährigen[b], in geringerem Umfange Frauen[c], Soldaten[d], und überhaupt unerfahrenen Leuten[e].

Eine eigene Bedeutung hat der Fall, wenn der Irrthum der handelnden Personen durch einen Andern in widerrechtlicher Absicht erregt, oder zu deren Nachtheil benutzt worden ist, dolus malus, Betrug[8]; hier kann die Wirksamkeit der Handlung wenigstens dem Betrüger gegenüber angefochten, beziehungsweise von diesem Ersatz des verursachten Nachtheils begehrt werden[f].

Anm. [1] Savigny Bd. III. §. 115. S. 111..115. und Beil. VIII. S. 325..473. Unger II. §. 77. 81. Windscheid §. 78. 79. Brinz 1. Aufl. S. 1393 fg. Voigt im civ. Arch. LIII. 16. LIV. 2. 10. Hölder in d. krit. Vjschr. XIV. S. 561 fg. Hesse im civ. Arch. LVII. 11., in d. dogm. Jahrb. XV. 2. 4. [Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft. Eine psychol.-jurist. Untersuchung. 1879. (Darüber Schloßmann in d. Wiener Zeitschr. VII. S. 543 fg. Bekker in d. krit. Vjschr. XXII. S. 33 fg. Dazu auch Eck in Holtzendorff's Rechtslex. 3. Aufl. Art. Irrthum Band II. S. 399 fg. Leonhard Irrthum S. 84. fg. Schuppe der Begriff d. Rechts, in d. Wiener Ztschr. X. 8. S. 349 fg.) bes. Cap. 4. — S. 418 wird eine „Fortsetzung dieser Arbeit" über „das Detail der Lehre vom Irrthum im Motiv" in Aussicht gestellt. Wächter Pand. §. 72. Bruns II. S. 478 fg. Leonhard a. a. O. S. 252 fg., 530 fg., 539 fg.]

[2] Nicht entgegenstehen L. 20. D. de aqua pluv. 39. 3. „nulla enim voluntas errantis est", L. 8. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18. „cum errantis voluntas nulla sit", und ähnliche scheinbar allgemeine Aussprüche. Savigny S. 342. [Leon-

[a] Dig. de iuris et facti ignorantia. 22. 6. Cod. 1. 18. [b] L. 9. pr. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. [c] L. 8. 9. pr. D. h. t. L. 3. 11. 13. Cod. h. t. cf. L. 3. Theod. Cod. de integri restit. 2. 16. L. 8. Cod. de in int. rest. min. 2. 21 (22). L. 3. §. 1. 1 a (1). 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. — L. 6. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. ult. Cod. qui pet. tut. 5. 31. — L. 2. §. 7. D. de iure fisci. 49. 14. L. 8. §. 2. D. qui satisdare cog. 2. 8. [d] L. 9. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 22. §. ult. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 5. Cod. de his qui sibi adscrib. 9. 23. [e] L. 2. §. 7. cit. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. Cod. qui adm. 6. 9. cf. L. 25. §. 1. D. de prob. 22. 3. [f] Dig. de dolo malo. 4. 3. de doli mali et metus except. 44. 4. Cod. de dolo malo. 2. 20 (21).

hard a. a. O. S. 377 fg., 386 fg. Voigt die XII Tafeln I. S. 425 fg.] Vgl. §. 59. A. 5.

3 Vergeblich hat gegen Savigny a. a. O. ein neuerer Schriftsteller, Herrmann in Linde's Ztschr. n. F. III. 4. 7. 11. IV. 12. VII. 3. 6., zu erweisen versucht, daß das römische Recht die durch Irrthum im Beweggrunde hervorgerufene Willenserklärung als nichtig ansehe, weil der durch Irrthum bestimmte Wille unfrei sei.

4 Den Unterschied zwischen diesem Falle und dem eines Irrthums im Beweggrunde bezeichnet Savigny nicht passend durch die Ausdrücke, „unechter, echter Irrthum." Mit Unrecht aber wird die Unterscheidung selbst verworfen von Bekker in krit. Vjschr. III. S. 187 fg., welcher an deren Stelle setzt die Unterscheidung zwischen Irrthum, der sich auf die Folgen der Handlung bezieht, und Irrthum in anderer Beziehung. Dagegen Windscheid §. 76. A. 1 b. Vangerow I. §. 83. S. 120. [Vgl. nun Zitelmann S. 6 fg., 327 fg., 340 fg., 350 fg. Leonhard a. a. O. S. XI. und passim verwirft gleichfalls den Unterschied zwischen Irrthum im Geschäftswillen und im Beweggrund, da sich eine sichere Grenze nicht ziehen lasse.]

5 L. 2. D. h. t. In omni parte error in iure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debebit, quum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. (Huschke zur Pandektenkritik S. 102. bessert *cognitum* st. *finitum*.) L. 9. §. 3. ibid. Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia (Mommsen fügt ein: *cui non facile sit scire, ei detrimento non sit*, Huschke a. a. O. S. 105: *cui non facile sit, ei detrimento non sit*): quod raro accipiendum est. Der Irrthum in Ansehung einer Befugniß oder eines Rechts im subj. Sinn ist an sich nicht Rechtsirrthum; das entscheidende Moment aber ist, ob er auf einem Irrthum über das Recht im obj. Sinn oder über eine Thatsache beruhe. Vgl. Weil über die Begriffe „iuris et facti ignorantia" in Linde's Ztschr. n. F. XII. 13., welcher jedoch in einer Selbsttäuschung befangen ist, wenn er glaubt, den Satz zu widerlegen, daß der Rechtsirrthum das Recht im obj. Sinn, der factische Irrthum eine Thatsache zum Gegenstande habe, auch (S. 391.) unrichtig behauptet: jeder Irrthum der einen und der andern Art sei zugleich ein Irrthum in der Befugniß, etwas zu thun oder zu unterlassen. Unger §. 77. A. 5. Windscheid §. 79. A. 5. Wächter der entschuldbare Rechtsirrthum. Besonders über die Bedeutung der v. e. Rechtsgelehrten einem Laien ertheilten Belehrung über bestehendes Recht. 1871. [= §§. 27..29. der unten §. 160. A. 1. angeführten Schrift. Abhandl. der Leipz. Jur. Fac. Bd. II.]

6 L. 3. D. h. t. Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret an de iure suo ignoret. §. 1. Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert, non deperditi et nimium securi hominis. L. 6. ibid. Nec supina negligentia ferenda est factum ignorantis, ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. L. 9. §. 2. ibid. Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam.

7 L. 9. pr. D. h. t. cf. L. 7. ibid. Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. L. 8. ibid. Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest; iuris autem error nec feminis in com-

pendiis prodest; ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet. Ueber diese allgemein lautenden Aussprüche vgl. Donelli comment. I. 20..23. Mühlenbruch im Arch. II. S. 361 fg. Vangerow I. §. 83. A. 1. V. Puchta Vorles. I. Beil. III. S. 460 fg. und vorzüglich Savigny a. a. O. S. 344..353. Zu L. 7. cit. insbesondere Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 330. „Adquirere geht nicht auf jeden Erwerb, sondern nur auf Usucapion, bei welcher auch die Unterscheidung des factischen und rechtlichen Irrthums allein von Wichtigkeit ist, und der Satz ‚suum petentibus error iuris non nocet' bedeutet bloß, daß dem Diebe gegenüber die Verwechslung der Vindication auf suum esse mit einer Condiction auf dare oportere dem sein Eigenthum verfolgenden Kläger keinen Nachtheil bringen, sondern auch die letztere Klage gegen den Dieb tenent sein soll". (?) Vgl. Huschke zur Pandektenkritik S. 103 fg. [Peltesohn Quaenam vis tribuenda sit regulae juris, quam exhibent L. L. 7. et 8. D. de J. et F. J. Inaug. Diss. 1878.]

[8] L. 1. §. 2. D. h. t. 4. 3. Dolum malum Servius quidem ita definiit: machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur; Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari, sicuti faciunt qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. — Sogenannter dolus *causam dans*, dolus *incidens?* — Savigny a. a. O. S. 115..120. [Dolus *bonus:* Ihering Zweck im Recht II. S. 580 fg. Vgl. überhaupt Pernice Labeo II. S. 60 fg. 74 fg. 83 fg. 101 fg.]

## C. Von den Rechtsgeschäften insbesondere.

### §. 63.

### 1) Begriff und Haupteintheilung.

Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf eine rechtliche Wirkung, Entstehung, Endigung oder Aenderung eines Rechtsverhältnisses, gerichtet ist[1]. Das Rechtsgeschäft ist einseitig (negotium unilaterale), wenn Dasein und Inhalt desselben wesentlich nur Ausfluß eines Willens ist; es ist zweiseitig (bilaterale) oder mehrseitig, wenn zu seiner Entstehung die Einigung verschiedener selbständig einander gegenüberstehender Willen erforderlich ist. Die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen aber, bezüglich auf Rechtsverhältnisse, welche dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden sollen, ist ein Vertrag, pactio, conventio[2]. Unter den einseitigen Rechtsgeschäften sind besonders wichtig die letztwilligen Verfügungen, d. h. einseitige Willenserklärungen, welche, bis zum Tode willkürlich widerruflich, erst nach diesem rechtlich wirksam werden sollen[3].

Anm. [1] Windscheid §. 69. beanstandet diese Begriffbestimmung, „weil darnach auch das richterliche Urtheil ein Rechtsgeschäft sein würde", und definirt seinerseits das

Rechtsgeschäft als „die Willenserklärung einer Privatperson des Inhalts, daß ein Recht entstehen, untergehen oder eine Veränderung erleiden solle". Ob es sprachwidrig sei, richterliche Urtheile wie andere processualische Handlungen Rechtsgeschäfte zu nennen, möchte zu bezweifeln sein. [Dagegen Thon Rechtsn. u. subj. R. S. 373. 374. Pernice in d. Wiener Ztschr. VII. S. 470 fg. Wächter Pand. §. 73. Note 1. Vgl. auch Eisele Compens. S. 256 fg. Schultze das deutsche Concursrecht in seinen jur. Grundlagen 1880. S. VIII. 139. Privatr. u. Proceß I. S. 48 fg. Note 1, S. 287 fg. erklärt den Proceß für einen „Complex sehr mannigfaltiger Proceß-Rechtsgeschäfte und bezw. sehr verschiedenartiger Proceßhandlungen rechtsgeschäftlichen Charakters."] Jedenfalls aber sind völkerrechtliche Verträge Rechtsgeschäfte, und doch nicht Willenserklärungen von Privatpersonen. Dagegen Windscheid 2. Aufl. §. 69., wo er in der Definition statt „Willenserklärung einer Privatperson" setzt „Privatwillenserklärung", welcher Ausdruck auch auf völkerrechtliche Verträge passe, da auch dabei die Contrahenten Vertreter privaten Interesses seien. Vgl. jetzt Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 69. A. 1. [In neuester Zeit ist der Begriff des Rechtsgeschäftes streitiger als je. Brinz (1. Aufl.) S. 1388 lehrt: „Nicht irgend eine Absicht oder der Wille des Handelnden, sondern, wie schon der Name andeutet, der Wille des Rechtes gibt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäftes". Die Handlung wird nicht schon durch den auf die rechtlichen Wirkungen gerichteten Willen Rechtsgeschäft, freilich aber auch nicht ohne ihn (S. 1392), wenn auch zuweilen ohne Willenserklärung (S. 1555). Weiter gehen seither Andere; sie finden keinen Grund, „die Bezeichnung Rechtsgeschäft auf diejenigen Willensäußerungen zu beschränken, bei welchen der Handelnde die Rechtsfolgen will", und glauben daher, dem Rechtsgeschäft „seinen Platz im Rechtssystem" entziehen zu können. Vgl. namentlich Lotmar über causa im R. R. (1875) S. 10 fg. bes. S. 15 fg. (Drbr. Eck in d. Jen. Litztg. 1876. Nr. 17.) Schloßmann Vertrag S. 80 fg. 129 fg. 139. und in der Wiener Zeitschr. VII. S. 569 fg., 577. Thon a. a. O. S. 350 fg. Kohler dogm. Jahrb. XVIII. 2. S. 134 . . 162. Lenel ebenda XIX. 5. S. 154 fg., der, wie schon Schloßmann S. 577 postulirt, die Streitfrage „auf dem Wege einer Analyse der einzelnen Rechtsgeschäfte" ihrer Lösung näher führen will, der jedoch (S. 250) gleichwohl zu dem Ergebniß gelangt, Rechtsgeschäft sei „jede juristisch erhebliche Privatwillenserklärung, deren Rechtsfolge bestimmt ist, der Verwirklichung der erklärten Parteiabsicht zu dienen". Vgl. auch §. 60. A. 1. und Cohen d. L. des R. R. v. d. Schenkung von Todeswegen (1878) S. 51 fg. Wieder anders Karlowa das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. 1877; (darüber Puntschart in der Wiener Zeitschr. V. S. 615 fg. Eck in d. Jen. Litztg. 1878. Nr. 48.) Rechtsgeschäft und Errichtungsact streng von einander trennend, erblickt Karlowa S. 161. „das Wesen des Rechtsgeschäftes . . . in einer rechtlichen Gebundenheit der Parteien bezüglich des Eintritts der beabsichtigten rechtlichen Wirkung . . . einer Bindung . . . von Seiten dessen, der einen Erwerb . . . ausbedungen, einer Gebundenheit von Seiten dessen, der etwas opfern will". Diese rechtliche Gebundenheit der Parteien, die schon vor dem Eintreten der Wirkungskraft des Geschäftes da sein kann, nennt er die „Existenz oder den Bestand des Rechtsgeschäfts". S. 6 fg. 81 fg. Dagegen für die herrschende Lehre: Zitelmann a. a. O. Cap. 3. bes. S. 285. 288., insbes. gegen Karlowa S. 282 fg., 302 fg., Pernice Rechtsgeschäft und Rechtsordnung in d. Wiener Zeitschr. VII. 10. S. 465 fg. Zródłowski II. S. 243 fg. Bruns Kl. Schr. II. S. 452 fg. O. v. Wächter C. G. v. Wächter (Leben) S. 118 fg. Vgl. auch Eisele krit. Vjschr. XX. S. 7. Bülow im civ. Arch. LXIV. S. 87 fg. Note 51. 52. Leonhard Irrthum

S. 235 fg., 249 fg., 322 fg. Lotmar in der krit. Vjschr. XXV. S. 422 fg. Voigt die XII Tafeln I. S. 361 fg.]

² L. 1. §. 2. 3. D. de pactis. 2. 14. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. — Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, i. e. in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis verbum generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem. Cf. L. 3. pr. D. de pollicitat. 50. 12. Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. — Savigny Bd. III. S. 307..321. Heimbach im Rtslex. XII. S. 791 fg. [Den Begriff des consensus faßt Leonhard Irrthum S. 11. dahin auf, daß dieses Wort „in unseren Quellen keinen inneren Seelenvorgang, sondern immer nur einen Thatbestand der Außenwelt, nämlich eine oder mehrere Uebereinstimmungs- oder Zustimmungserklärungen bezeichnet". Vgl. gegen seine sehr eingehenden Ausführungen Lotmar a. a. O. S. 371 fg. Mandry im civ. Arch. LXVI. S. 483 fg.] Einen beschränktern Begriff von Vertrag stellt Vangerow I. §. 350. A. 1. III. §. 621. A. 1. auf; das Wesen eines jeden Vertrages („im eigentlichen Sinne des Wortes" 7. Aufl. I. S. 752) soll darnach in einem Versprechen bestehen und dessen Wirkung darin, daß der Versprechende erfülle, also etwas thue (im weitern Sinne des Wortes); er bezeichnet es (I. §. 121. Nr. III.) als einen freilich sehr verbreiteten, aber ganz verwerflichen und unrömischen Sprachgebrauch, jedes Geschäft, zu dessen Wesen eine Willenseinigung gehört, Vertrag zu nennen. Aber abgesehen davon, daß die römische Definition in L. 1. cit. vollkommen jenem weitern Begriff entspricht, ist schwer zu begreifen, wie es unrömisch sein könne, diesen deutsch durch „Vertrag" zu bezeichnen, und schlimm ist es, daß jener Gelehrte aus dem vermeintlich römischen Begriff falsche Folgerungen zieht. (S. unten §. 145. 188. 267. 371). Vgl. Exner L. v. d. Tradition S. 4 fg. („obligatorischer, dinglicher, familienrechtlicher Vertrag"). [Insbes. über den dinglichen Vertrag: Kohler Gesamm. Abh. Nr. 1. S. 1..43. — Für juristisch ganz werthlos erklärt den Vertragsbegriff Schloßmann der Vertrag. 1876. Aber vgl. darüber Eisele in der krit. Vjschr. XX. S. 14 fg. Bierling Z. Kritik der jur. Grundbegriffe. 1877. I. S. 4 fg. Note*. Pernice a. a. O. S. 489 fg.]

³ Andere Eintheilungen: a) negotia iuris civilis (actus legitimi) [vgl. Voigt Die XII Tafeln I. (1883) §. 16. a. A.] et iuris gentium; b) neg. stricti iuris et bonae fidei; c) neg. solennia, non solennia; d) negotia onerosa, lucrativa s. gratuita; e) neg. inter vivos, neg. mortis causa. [Vgl. Wächter Pand. §. 73.]

## §. 64.

### 2) Erfordernisse der Rechtsgeschäfte*.

Zum Dasein eines gültigen Rechtsgeschäfts ist erforderlich 1) Fähigkeit der Personen, welche es vornehmen, bisweilen auch die Zustimmung von Nebenpersonen; 2) ein rechtlich zulässiger Inhalt des Willens; 3) gehörige Erklärung des Willens der handelnden Personen¹. Die Willenserklärung aber kann nicht nur durch Worte geschehen, mündlich

oder schriftlich[a], sondern auch durch andere sichere Zeichen, allein[b] oder in Verbindung mit Worten[c]; auch durch Handlungen[d] oder Unterlassungen[e] kann ein bestimmter Wille genügend kundgegeben werden[2]. Gibt der Wille sich auf eine Weise zu erkennen, welche nicht geradezu den Zweck hat, eben diesen Willen zu erklären, so heißt dies eine stillschweigende Willenserklärung[f], deren Gegensatz die ausdrückliche ist[3]; jene aber ist nicht zu verwechseln mit dem vermutheten und dem fingirten[3a] Willen[g]. Nicht immer aber genügt selbst die vollkommen deutliche Willenserklärung; oft ist auch die Beobachtung einer bestimmten Form dabei erforderlich, deren Mangel, wo sie gesetzlich schlechthin vorgeschrieben ist, regelmäßig die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat[4].

* [Vgl. Karlowa a. a. O. 7. Cap. „Die Kriterien des rechtsgeschäftlichen Willens" und die bei §. 60. A. 1. Citirten.]

Anm. [1] Savigny Bd. III. §. 130..133. S. 237..257. Unger II. §. 85. [Zitelmann Irrth. und Rechtsgeschäft. S. 238 fg. Leonhard D. Irrth. bei nichtigen Verträgen. S. 58 fg.]

[2] Heyne de voluntatis tacite patefactae et praesumtae vi atque indole eiusque in iure effectibus. 1840. Burckhardt civ. Präsumtionen S. 270 fg. — Qui tacet, consentire videtur? cap. 43. de reg. iur. in 6to. 5. 12. Vgl. cap. 44. ibid. oder L. 142. D. de R. J. Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Neuere sagen: Qui tacet, quum loqui potuit et debuit, consentire videtur. Savigny aber a. a. O. S. 243..252. will nur in den positiv anerkannten Fällen (not. e.) das Schweigen für Einwilligung gelten lassen. Dagegen Unger A. 25..27. Vgl. Seuffert's Arch. I. 40. IV. 211. V. 117. XI. 80. [Hallwachs das Stillschweigen als Willenserklärung in den Entscheidungen des R.O.H.G. Pract. Arch. N. F. X. S. 225 fg.]

[3] Anders Schliemann d. L. vom Zwange S. 99 fg. Ausdrückliche Willenserklärung ist „eine Erklärung des Willens in derjenigen Form, welcher die allgemeine Sitte und der allgemeine Gebrauch die Bestimmung zugewiesen hat, Ausdruck des innern Willens zu sein, — die Erklärung in mündlicher Rede, in Schrift und in solchen Zeichen, die allgemein gebräuchlich und verständlich sind" — stillschweigende diejenige, „in welcher sich der innere Wille in anderer Weise an den Tag legt", daher die durch bloßes Schweigen und durch Handlungen andrer Art als jene ausdrückliche Erklärung, „vor-

[a] L. 38. D. de O. et A. 44. 7. [b] L. 52. §. 10. D. l. c. L. 17. D. de novat. 46. 2. L. 21. pr. D. de legat. III. [c] L. 6. D. de reb. cred. 12. 1. L. 59 (58). pr. D. de hered. instit. 28. 5. [d] L. 5. D. ratam rem hab. 46. 8. L. 95. D. de adquir. her. 29. 2. cf. L. 2. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 14. Cod. de solut. 8. 42 (43). L. 24. D. de probat. 22. 3. L. 57. pr. D. de pactis. 2. 14. L. 20. D. de acquir. her. 29. 2. L. 2. Cod. de pactis. 2. 3. L. 26. §. 1. D. de pign. 20. 1. [e] L. 7. §. 1. L. 12. D. de sponsal. 23. 1. L. 5. Cod. de nupt. 5. 4. — L. 5. D. de adopt. 1. 7. — L. 2. §. 2. D. soluto matr. 24. 3. — L. 1. §. 4. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 12. 16. D. ad Sc. Maced. 14. 6. — L. 6. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 60. D. de R. J. — L. 13. §. 11. D. locati. 19. 2. — L. 12. D. de eviction. 21. 2. L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 38 (37). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 19. D. de aqua pluv. 39. 3. [f] S. not. d. e. cf. L. 69. pr. D. de legat. II. L. 11. §. 4. D. de legat. III. [g] L. 35. L. 40. §. 4. D. de procurat. 3. 3. L. 21. Cod. eod. 2. 12 (13). L. 4. pr. L. 6. 7. pr. D. in quib. causis pignus tacite contrahitur. 20. 2.

nehmlich solche, mittelst deren der Handelnde zugleich andere selbständige Zwecke verfolgt". Diese Definition ist unhaltbar; der Verfasser kommt auch mit sich selbst in Widerspruch, indem er doch auch, was richtig ist, in mündlicher und schriftlicher Rede eine (andere) stillschweigende Willenserklärung für möglich hält. Windscheid §. 72. A. 9. [Wieder anders: Schloßmann Vertrag S. 47 fg., 60 fg., 68 fg. Zitelmann S. 259 fg. Leonhard Irrthum S. 190 fg. bes. 201 fg. Vgl. Ebbecke Berechtigung und äußere Befugniß S. 4. Note 3.]

[3a Ueber beide Fälle vgl. auch Leonhard a. a. O. S. 209 fg.]

4 Solche [Solennitäts-]Formen sind: Gebrauch bestimmter Redensarten oder Zeichen, schriftliche Urkunde, Zuziehung von Zeugen, Mitwirkung öffentlicher Personen. [Ueber den Werth derselben für das Rechtsleben vgl. Ihering Geist II. 2. §. 45. Nicht zu verwechseln damit sind Formen, die] bloß des Beweises wegen vorgeschrieben sind. Savigny §. 130. Vgl. Arndts in Ulrich's Archiv für Preuß. Recht I. S. 132 bis 178 (civ. Schr. III. S. 188 fg.) Unger II. §. 86. [Karlowa S. 179 fg. Mandry Reichsges. S. 155 fg. (2. Aufl. S. 220 fg.)] Ueber verabredete Form eines Vertrages vgl. L. 17. Cod. de fide instrument. 4. 21. pr. J. de emt. 3. 23. §. 232.

### 3) Inhalt der Rechtsgeschäfte.

### §. 65.

#### a) Im Allgemeinen.

Im Inhalt eines Rechtsgeschäfts kann man unterscheiden die wesentlichen Bestandtheile (essentialia negotii), die nicht fehlen dürfen, wenn ein Rechtsgeschäft einer bestimmten Art bestehen soll, dann die regelmäßigen, ohne besondere Festsetzung sich von selbst verstehenden, obwohl nicht unveränderlichen Bestandtheile (naturalia negotii), und die zufälligen oder willkürlich gesetzten (accidentalia), welche nur vermöge besonderer Festsetzung stattfinden [1]. Unter den Bestandtheilen der letzten Art sind in der allgemeinen Lehre von Rechtsgeschäften insbesondere Bedingungen, Zeitbestimmungen und Modus hervorzuheben. Andere Nebenbestimmungen sind unter dem allgemeinen Namen „Clauseln" begriffen, worunter aber überhaupt die verschiedenartigsten den Inhalt einer Willenserklärung näher bestimmenden, erklärenden, beschränkenden Zusätze zu derselben verstanden werden [2].

Anm. 1 Windscheid §. 85. unterscheidet nur essentialia und accidentalia negotii, wesentliche und unwesentliche Bestimmungen; er tadelt die Einschiebung des dritten Gliedes, der naturalia negotii, weil dadurch Gewolltes und Nichtgewolltes zusammen gestellt werde. Aber unter den sog. naturalia negotii ist nicht Nichtgewolltes zu denken, sondern dasjenige, was nach der regelmäßigen Natur und Wirkung eines Rechtsgeschäfts, ohne ausdrücklich erklärt zu sein, selbstverständlich als gewollt anzusehen ist. Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 85. A. 1. [Leonhard Irrthum S. 221 fg.]

2 Vgl. Böcking Inst. I. §. 110. g. §. 116. A. 20.*, welcher die sog. Clauseln von den Nebenbestimmungen im eigentlichen Sinn (conditio, dies, modus) streng unterschieden wissen will. Dagegen wird die Bezeichnung der Bedingungen als Nebenbestimmungen für verwerflich erklärt von Fitting im civ. Arch. XXXIX. S. 308., und

mit ihm von Unger §. 82. A. 3., mit Recht, wenn sich damit die Idee verbände, daß die Bedingung in einem concreten Rechtsgeschäft etwas bloß Nebensächliches von untergeordneter Bedeutung sei, das man wegdenken könne, ohne dieses concrete Rechtsgeschäft wesentlich zu alteriren, welches Mißgriffs jedoch wohl kaum je ein Rechtsgelehrter sich schuldig gemacht hat; vgl. Puchta §. 59. not. a. Böcking a. a. O. In diesem Sinn wäre es in vielen Fällen eben so handgreiflich verkehrt, die Zeitbestimmung als eine Nebenbestimmung aufzufassen. Vgl. auch Windscheid §. 86. A. 4. [5. Aufl. A. 3.] Scheurl z. L. v. den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (Beitr. II. 2. 1871); drbr. Hartmann in d. krit. Vjschr. XIII. S. 515 fg.

### b) Insbesondere von Bedingungen.

## §. 66.

### α) Begriff der Bedingung[1].

Der in einem Rechtsgeschäft sich bethätigende Wille kann das Wollen des Rechtserfolgs, auf welchen er gerichtet ist, und somit auch diesen Rechtserfolg von irgend einer Thatsache abhängig machen, so daß, wenn diese ermangelt, auch jener nicht gewollt ist[2]. Eine solche Selbstbeschränkung des Willens, und so denn auch der dieselbe setzende Bestandtheil einer Willenserklärung, aber auch die Thatsache selbst, von welcher auf diese Weise ein Rechtserfolg abhängig gemacht wird, heißt Bedingung[3], conditio[a]; ein Rechtsgeschäft, unter solcher Beschränkung vorgenommen, heißt ein bedingtes Rechtsgeschäft (conditionale negotium im Gegensatz von purum neg.)[4]. Im eigentlichen Sinn jedoch ist ein bedingtes Rechtsgeschäft nur dann vorhanden, wenn das Wollen von einer in die Zukunft gesetzten ungewissen Thatsache abhängig gemacht ist, so daß, was ohnedies nicht der Fall sein würde, erst die zur Zeit noch ungewisse künftige Gestaltung der Umstände über den Erfolg der Willenserklärung entscheiden soll. Wenn nämlich der Wille

1) von einer in die Gegenwart oder Vergangenheit gesetzten Thatsache sich abhängig macht (conditio in praesens vel in praeteritum relata), so besteht die unter solcher Beschränkung erklärte Willensverfügung an sich (objectiv) entweder sofort als unbedingte oder ist von Anfang an nichtig[b], je nachdem jene Thatsache wahr ist oder nicht, ob auch der Urheber der Willensverfügung selbst darüber zur Zeit in Ungewißheit sein möge[5]. In Wahrheit besteht hier zu keiner Zeit ein be-

[a] Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur. 35. 1. de conditionibus institutionum. 28. 7. Cod. de institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis 6. 25. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 6. 46. de donationibus quae sub modo vel conditione vel certo tempore conficiuntur 8. 54 (55). [b] §. 6. J. de V. O. 3. 15. L. 100. 120. D. de V. O. 45. 1. L. 37 .. 39. D. de reb. cred. 12. 1. L. 16. D. de iniusto test. 28. 3. L. 10. §. 1. D. de cond. instit. 28. 7. cf. L. 72 (71). pr. D. de her. inst. 28. 5.

dingtes Rechtsgeschäft; es kann nur etwa wegen mangelnder Kenntniß der Umstände zweifelhaft sein, ob das Rechtsgeschäft bestehe oder nicht bestehe[6]. Wenn der Wille

2) zwar von einer in die Zukunft gesetzten Thatsache sich abhängig erklärt, von dieser aber, wenngleich der Handelnde selbst es nicht weiß, sofort gewiß ist, daß sie eintreten werde (conditio quae omnimodo exstitura est, sog. nothwendige Bedingung), so ist wiederum das Rechtsgeschäft in Wahrheit ein unbedingtes[c]; der scheinbar nur unter einer Bedingung gewollte Rechtserfolg ist in der That (objectiv) sogleich entschieden[7]. Wenn umgekehrt

3) an sich, ob auch nicht in der Meinung des Verfügenden[8], von vornherein gewiß ist, daß die Thatsache, von welcher der Wille sich abhängig erklärt, nicht eintreten werde (unmögliche Bedingung), so würde nach der Natur der Sache sofort die Nichtigkeit der Willensverfügung entschieden sein; diese natürliche Folge ist nun zwar zum Theil durch besondern Rechtssatz ausgeschlossen; ein wirklich bedingtes Rechtsgeschäft ist aber auch in solchem Falle nie vorhanden (§. 72). Wenn endlich

4) nur eine nach der Natur des Rechtsgeschäfts[d] oder seines Gegenstandes[e] ohnehin sich von selbst verstehende thatsächliche Voraussetzung der Wirksamkeit desselben ausdrücklich ausgesprochen ist (conditio tacita oder quae tacite inest[f], stillschweigende Bedingung), so ist dieses Rechtsgeschäft nichtsdestoweniger unbedingt, als wenn jenes nicht geschehen wäre[9]; es sei denn[g], daß dadurch eine sonst nicht eintretende Beschränkung gesetzt sein könnte und gesetzt werden wollte[10].

Man pflegt hiernach Bedingungen dieses Inhalts (Nr. 1 . . 4) uneigentliche Bedingungen, und nur Bedingungen der vorher bezeichneten Art, welche ein wahrhaft bedingtes Rechtsgeschäft erzeugen, eigentliche zu nennen[11].

Anm. [1] Ueber die Lehre von den Bedingungen überhaupt vgl. vorzüglich Savigny III. §. 116 . . 124. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 41. S. 45 . . 276. Wächter Württ. Pr. R. II. §. 92 . . 96. [Pand. §. 75 . . 78.] Unger II. §. 82. und Erbr. §. 16. 58. Windscheid §. 86 . . 95; über den Begriff der Bedingung insbesondere Fitting im civ. Arch. XXXIX. 13., wo S. 306. auch eine hierher gehörige gediegene Schrift von Leibnitz (Doctrina conditionum in dessen opp. omn. tom. IV. pars III. p. 92 . . 158) in Erinnerung gebracht wird. Brinz 1. Aufl. §. 326 . . 335. S. 1443 fg. Enneccerus über Begriff und Wirkung der Suspensiv-

[c] L. 9. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 18. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 79. pr. D. h. t. 35. 1. cf. L. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19. [d] L. 99. 107. D. h. t. 35. 1. L. 22. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 21. D. h. t. 35. 1. L. 21. 68. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 19. §. 1. L. 69. D. h. t. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [e] L. 1. §. 3. D. h. t. 35. 1. L. 25. §. 1. D. quando ies. 36. 2. [f] L. 68. D. 23. 3. L. 99. D. 35. 1. [g] L. 19. §. 1. cit.

bedingung u. d. Anfangstermins 1871 (vgl. Hölder in d. krit. Vjschr. XVI. S. 234 fg.) O. Wendt d. L. vom bedingten Rechtsgeschäft. 1872, das bedingte Forderungsrecht 1873. (Drbr. Hölder a. a. O. Exner in d. Wiener Ztschr. I. S. 231 fg.) Abickes zur Lehre von den Bedingungen nach röm. und heut. Recht. Eine Vorarbeit für das deutsche Civilgesetzbuch. 1876. [Karlowa a. a. O. S. 76..107.]

[2] Diese Auffassung ist, eben so grundlos als lebhaft, angefochten von Schönemann „über das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte" in Linde's Ztschr. n. F. XIX. 1., welchem sich anschließt Windscheid Pand. §. 86. A. 2., auch Römer bedingte Novation S. 82 fg. Diese bestehen darauf, daß nur die Rechtswirkung, das Gewollte, nicht das Wollen, von der Thatsache abhängig gemacht werde und gemacht werden könne. Aber warum tritt denn die Rechtswirkung deficiente conditione nicht ein? Doch nur, weil sie für diesen Fall nicht gewollt ist. Es ist ungenau die Bedingung zu definiren als „die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle", als ob die rechtliche Wirkung auch bei Nichtvorhandensein jenes Umstandes eine gewollte sei. Wer erklärt, „ich will, daß — wenn", erklärt zugleich, „ich will nicht, daß — wenn nicht", oder erklärt wenigstens nicht „ich will, daß — wenn nicht", was eben so viel bedeutet, wo es sich um eine nur durch den erklärten Willen zu setzende rechtliche Wirkung handelt. Auf die Frage: „wenn vor dem Eintritte der Bedingung kein Wille existirte (verstehe: ein Wollen bestimmten Inhalts nicht existirte), woher sollte denn mit Eintritt der Bedingung ein Wille genommen werden?" kann man also mit der Gegenfrage antworten: „wenn vorher schon das Wollen existirte, woher soll denn durch eine fremdartige Thatsache das Nichtwollen kommen?" Beide Fragen beantworten sich einfach damit, daß das Wollen einstweilen *in suspenso* ist, oder, was dasselbe, daß für den einen Fall gewollt, für den andern nicht gewollt ist. Vgl. auch Rudorff zu Puchta (12. Aufl.) §. 59. not. a. b. Förster I. §. 36. S. 160. und vorzüglich Unger Erbr. §. 16. A. 3. Dagegen freilich wieder Windscheid 2. Aufl. §. 86. [5. Aufl. §. 86. A. 3. a.] „Ein Wille, welcher das Wollen abhängig macht!" bemerkt er gegen die Begriffbestimmung im Texte. Aber dieses Ausrufungszeichen ist nicht erschreckend. [Vgl. noch Wendt L. v. bedingten Rechtsgeschäft S. 3 fg., Hofmann Titulus und Modus S. 102. N. 99; Karlowa a. a. O. S. 76 fg. Leonhard Irrthum bei nichtigen Verträgen S. 82 Note 2 hat allerdings Recht, wenn er das in dieser Anm. Gesagte nicht von einer „Suspension der psychologischen Willensregung" verstanden wissen will; wenn er aber findet, der Verf. behaupte „natürlich nur" eine Suspension der in der Erklärung als gewollt enthaltenen Rechtswirkung, so verkehrt er u. E. das vom Verf. Gelehrte in sein Gegentheil.]

[3] Fitting a. a. O. S. 337. erklärt Bedingung als Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußern (d. h. außerhalb des fraglichen Willens liegenden) Umstandes, indem er dabei zunächst die Handlung des Bedingens, das Setzen der Bedingung, in's Auge faßt, worauf auch conditio (von condere) oder condicio (die handschriftlich vorherrschende jetzt von Manchen ausschließlich für richtig gehaltene Wortform, von condicere) zunächst hinweise. Aber die bei weitem am häufigsten vorkommende Bedeutung des Worts, ähnlich wie bei obligatio, constitutio u. a., ist die übertragene, nämlich: der beschränkende Zusatz der Willenserklärung, z. B. conditionem adiicere, inserere, oder die zur Bedingung gesetzte Thatsache, z. B. existit conditio, impleta est u. s. w. Derselbe Verf. erklärt sich S. 307. auch gegen die Bezeichnung der Bedingung als einer Selbstbeschränkung des Willens, aber in einer Weise, welche die obige Definition nicht

trifft (vgl. auch Unger a. a. O. A. 3.). Auch Windscheid, dem dieselbe früher (in d. L. v. d. Voraussetzung) geläufig war, enthält sich jetzt absichtlich jener Bezeichnung und setzt dafür „Selbstbeschränkungen der Wirkung der Rechtsgeschäfte" (§. 86 fg.), wobei man aber fragen möchte, worauf denn das „Selbst" zu beziehen sei? [Vgl. auch Wendt L. v. bedingten Rechtsgeschäft S. 1 fg., Wächter Pand. I. S. 366 und Note 4.] — Uebrigens bezeichnen die Worte „Bedingung, conditio" in weiterer Bedeutung auch andere Modalitäten, ja überhaupt alle nähern Bestimmungen eines concreten Rechtsgeschäfts, z. B. in L. 10. §. 1. D. de lege Rhod. 14. 2. L. 1. sq. D. de in diem add. 18. 2., vgl. §. 59. not. e. §. 74. A. 4., eine Bedeutung, die hier nicht weiter in Betracht kommt.

4 Z. B. pura emtio im Gegensatz von conditionalis. L. 2. 4. pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 2. §. 5. D. pro emt. 41. 4.; L. 79. pr. D. h. t. 35. 1. „purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur". L. 9. 10. D. de adim. legat. 34. 4. In anderem Sinn ist purum negotium (z. B. purum legatum) dasjenige, dem auch keine Zeitbestimmung hinzugefügt ist, L. 45. D. ad leg. Falc. 35. 2. Gai. II. §. 250. L. 213. D. de V. S. L. 7. D. de duob. reis. 45. 2. Vgl. Böcking Inst. I. §. 110. A. 6.

5 L. 120. D. de V. O. 45. 1. Nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant. §. 6. J. 3. 15. „quae enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint". — L. 100. D. eod. Conditio in praeteritum, non tantum (in) praesens tempus relata statim aut peremit obligationem aut omnino non differt. — L. 10. §. 1. D. 28. 7. Si quem ita institutum ponamus: *ille, si eum codicillis heredem scripsi* (nicht *scripsero*), *heres esto*, valet institutio etiam in filio, qui in potestate est, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti: *si rex Parthorum vivit*, *si navis in portu stat*. Wenn jedoch ein Ereigniß als zukünftiges gedacht zur Bedingung gesetzt ist, das ohne Wissen des Verfügenden zur Zeit schon eingetreten oder vereitelt ist, so wird im ersten Fall die Bedingung als bereits erfüllte, im andern Fall als unmögliche betrachtet. L. 6. §. 1. L. 10. §. 1. D. h. t. 35. 1.

6 Es lassen sich wohl auch Fälle denken, wo zur Zeit noch Niemand wissen kann, ob etwas sei oder nicht sei, z. B. *si conceptus filius est*. Vgl. L. 7. D. de manumiss. test. 40. 4. L. 28. §. 5. D. de iud. 5. 1. Fitting S. 324...327. Aber hier kann noch fraglich sein, ob nicht die künftige entscheidende Thatsache zur Bedingung gesetzt sein soll, z. B. die Geburt eines Sohnes, und in der Regel sind es nur zukünftige Thatsachen, von denen man sagen kann, daß „quantum in natura hominum sit" nichts darüber gewußt werde. L. 38. D. 12. 1. Scheurl Nebenbest. S. 102 fg.

7 L. 9. §. 1. D. de nov. 46. 2. Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstitura est, pure videtur stipulari. — Zu den sogenannten nothwendigen Bedingungen gehört auch diejenige, wornach etwas unmögliches nicht eintreten soll, die früher von Vielen unpassend als negativ unmögliche Bedingung bezeichnet wurde. L. 8. D. 45. 1. Sed cum eo, qui ita promisit: *si intra kalendas digito coelum non tetigerit*, agi protinus potest. L. 7. eod. Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur stipulationibus obstat: aliter atque si talis conditio inseratur stipulationi: *si in coelum non ascenderit:* nam utilis et praesens est (sc. stipulatio). Vgl. jedoch L. 50. §. 1. D. de her. inst. 28. 5. „impossibilis conditio in non faciendo expressa", L. 20. pr. D. de cond. inst. 28. 7. Arndts Beitr. I. S. 162 fg. (civ. Schr. I. S. 26 fg.) — Eine Ausnahme von obiger Regel in Ansehung letztwilliger

Verfügungen ergibt sich aus L. un. Cod. de his quae poenae nom. rel. 6. 41. und §. 36. J. de legat. 2. 20. Arndts a. a. O. S. 172. [32 fg.] A. 13. (§. 491. A. 4.). [Vgl. überhaupt noch Wächter Pand. I. S. 368 fg.]

8 In der Regel wird wohl nur eine irrige Vorstellung des Verfügenden ihn veranlassen, seine Willenserklärung an eine unmögliche oder an eine nothwendige Bedingung zu binden. Aber es macht in der Wirkung keinen Unterschied, ob er wirklich im Irrthum war oder erwiesen ist, daß dies nicht der Fall, und erklärlich kann das Setzen einer solchen Bedingung auch im letzten Falle sehr wohl sein, z. B. bei Wetten über ein Ereigniß, von dem die eine Partei recht gut weiß und behauptet, daß es unmöglich oder nothwendig sei, die andere aber die Möglichkeit seines Eintretens oder Nichteintretens behauptet; bei letztwilligen Verfügungen, wenn sich der Testator den Schein geben will, als ob er eine Person doch wenigstens für einen gewissen Fall habe bedenken wollen, weßhalb noch nicht anzunehmen ist, daß er nicht bei gesundem Verstande gewesen sein müsse. Unrichtig ist daher was Fitting S. 320..322. behauptet, daß man annehmen müsse, der Bedingungsetzende habe sich das Ereigniß als ungewisses gedacht. Für Rechtsgeschäfte unter Lebenden wird dies zudem geradezu widerlegt durch L. 31. D. de V. O. 45. 1. Vgl. §. 72. A. 3.

9 L. 99. D. h. t. 35. 1. Conditiones extrinsecus, non ex testamento, venientes, id est, quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. L. 107. eod. . . . veluti quod sub eadem conditione legatum est, sub qua etiam heres alius institutus est; item quod sub hac conditione legatum est: *si hereditatem adierit.* Man nennt solche Bedingungen auch wohl *conditiones iuris* nach L. 21. D. eod. Multum interest, conditio facti an iuris esset; nam huiusmodi conditiones: *si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus erit,* . . . impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret eas impletas esse. Quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias, poterit acquirere hereditatem. Cf. L. 43. §. 10. D. de aed. ed. 21. 1. *Juris conditio* bedeutet hier aber eine jede aus einem Rechtssatz sich ergebende Voraussetzung einer bestimmten Rechtswirkung einer Handlung. Eisele im civ. Arch. LIV. 3. Enneccerus a. a. O. S. 123 fg. — Von einer stillschweigenden Bedingung im obigen Sinn ist übrigens zu unterscheiden die stillschweigend erklärte Bedingung (§. 64.); L. 54. §. 1. D. locati 19. 2. L. 107. D. h. t. 35. 1. cf. L. 102. eod. L. 30. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 6. Cod. de instit. et subst. 6. 25. [Oestr. b. G.B. §. 616. 617. Leonhard Irrthum S. 252 fg. 447 fg.]

10 L. 19. §. 1. D. h. t. 35. 1. Haec scriptura: *si Primus heres erit, damnas esto dare*, pro conditione non est accipienda; magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam conditionem inseruit, nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret conditionem. In diesem Falle könnte nämlich in die Bedingung der Sinn gelegt sein, daß der Legatar den Erbschaftsantritt erleben solle, oder daß das Legat, wenn Primus nicht Erbe werde, in keinem Falle gelten solle, auch da nicht, wo es sonst desungeachtet wirksam wäre, z. B. wenn Secundus als Substitut Erbe wird, nach L. 61. §. 1. D. de legat. II, oder wenn das Vermögen als erblos an den Fiscus fällt, nach L. 96. §. 1. D. de legat. I. Vgl. Scheurl a. a. O. S. 96. [Wächter Pand. I. S. 367 fg.] Unrichtig aber ist es, wenn Fitting S. 312 fg. und mit ihm Unger §. 82. A. 8—12. glaubt, daß es sich hier überall nur um eine reine Absichtsfrage handle. Durch das Aussprechen z. B. der Be-

dingung: *si superstes mihi erit*, kann der Testator die Erbeinsetzung nicht zu einer bedingten machen, wenn er auch wollte. Vgl. auch Windscheid §. 87. A. 8. und Unger Erbr. §. 16. A. 6.

11 Diesem Sprachgebrauch widersetzt sich Fitting S. 310 fg., indem er nur die conditio in praesens vel in praeteritum concepta für eine uneigentliche, jede conditio in futurum concepta, auch die unter Nr. 2. 3. 4. des Textes, für eine eigentliche erklärt (S. 324.), und mit Rücksicht darauf die letzte definirt als: „Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußern als objectiv ungewiß gedachten Umstandes" (S. 349). Ich kann diese Definition nach A. 6..9. nicht für richtig erkennen, noch auch mich mit der Terminologie (denn nur davon, nicht von einem „Grundsatz" ist die Rede) befreunden, wornach „eine wahre und eigentliche Bedingung" diejenige heißt, die in der That nichts bedingt macht (Nr. 2. 3.). Besser schiene es mir, die Unterscheidung „eigentliche und uneigentliche Bedingungen" ganz aufzugeben, wie dies Unger §. 82. Anm. 5. wirklich thut. Auch stimmen mit Fitting's Ansicht die gerade zum Beweise derselben angeführten L. 37..39. D. de reb. cred. 12. 1. nicht überein. Denn wenn gesagt wird: „respiciendum enim esse, an, quantum in natura hominum sit, possit scire (*sciri?*) eam debitum iri", und daraus gefolgert wird: „itaque tunc potestatem conditionis obtinet, quum in futurum confertur", so ist hierbei natürlich vorauszusetzen, daß das fragliche Ereigniß möglich und nicht nothwendig sei, wobei nur an die auch bei Fitting's uneigentlichen Bedingungen möglichen außerordentlichen Fälle der A. 6. nicht gedacht ist. Denn daß eine unmögliche oder nothwendige Bedingung potestatem conditionis obtinet, will man doch wohl nicht behaupten. Unger S. 79 fg. vgl. Windscheid §. 87. A. 6. Vangerow I. §. 93. A. 1.

## §. 67.

### β) Arten der Bedingung.

Die Bedingung kann 1) entweder eine affirmative oder eine negative sein, je nachdem die Thatsache, von welcher ein Rechtserfolg abhängig gemacht wird, eine positive ist, d. h. das Eintreten eines Umstandes, oder eine negative, d. i. das Nichteintreten eines Umstandes[a]; 2) entweder eine willkürliche oder zufällige oder gemischte, potestativa, casualis, mixta, je nachdem die Erfüllung derselben ganz von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängt[b], oder gar nicht[c], oder zugleich von jener und einem außer seiner Willkür liegenden Umstande, wohin auch die zur Erfüllung nothwendige Mitwirkung eines Andern gehört[1]; 3) entweder Suspensiv- oder Resolutivbedingung, je nachdem die anfängliche Existenz eines Rechtsgeschäfts oder die Vernichtung eines solchen, das zunächst als unbedingtes in Wirksamkeit tritt, von der zukünftigen Thatsache abhängig gemacht ist; Suspensivbedingung (aufschiebende Bedingung) nennt man sie im ersten Falle,

[a] L. 7. pr. L. 67. D. h. t. 35. 1. L. 7. D. de V. O. [b] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 4. D. de hered. instit. 28. 5. L. 1. §. 8. D. si quis omissa causa. 29. 4. L. 78. §. 1. D. h. t. L. 28. D. de cond. instit. 28. 7. [c] L. 6. Cod. de necess. hered. instit. 6. 27.

weil dadurch die Entscheidung, ob das Rechtsgeschäft ins Leben trete, suspendirt wird, Resolutivbedingung (auflösende Bedingung) im andern Fall, weil durch deren Erfüllung die Auflösung des schon in Wirksamkeit getretenen Rechtsgeschäfts herbeigeführt wird; hier aber ist der Wille, ob dasselbe wirksam bestehen bleiben, wie dort, ob es wirksam entstehen solle, suspendirt[2].

Anm. [1] [Vgl. übhpt. Maassen Civil. Erörtrgn. I. Ueber Potestativbedingungen.] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali vel potestativa vel mixta, quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendeat, etc. — Anders, nach Pothier, der Code Nap. art. 1169..1171. La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. — La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre de parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. — La condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'un des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. Doch nennen auch jetzt noch Manche die von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängige Bedingung, der römischen Begriffbestimmung zuwider, „Potestativbedingung", z. B. Windscheid über die Wirkung der erfüllten Potestativbedingung im civ. Arch. XXXV. 3. Band. §. 89. A. 14. Dieser bemerkt, es sei kein Grund ersichtlich, warum der in L. un. cit. vorkommende Ausdruck „conditio potestativa" nicht auch von dem Fall der Willkür des bedingt Belasteten gebraucht werden könne. Aber L. un. cit. definirt den Ausdruck auf eine diesen Fall ausschließende Weise; sie legt das Gewicht darauf, ob der bedingt Berechtigte die Erfüllung der Bedingung und somit den davon abhängigen Rechtserwerb in seiner Gewalt hat. Die Eintheilung des Code Nap. bedürfte übrigens, um vollständig zu sein, noch eines vierten Gliedes: Bedingungen, die von dem Willen des einen und des andern Contrahenten abhängen, z. B. „wenn wir mit einander die Ehe eingehen". — Uebrigens vgl. noch L. 11. §. 1. D. h. t. 35. 1. Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur, veluti: *si capitolium ascenderit* et similia; non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti, *si Titius consul factus fuerit.* — Allerdings kann aber ein bedingtes Rechtsgeschäft auch in der Art bestehen, daß die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des bedingt Verpflichteten abhängt, und unrichtig ist, was, ebenfalls nach Pothier, der Code Nap. art. 1174. ausspricht: „Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige"; wornach es buchstäblich unwirksam wäre, für ein willkürliches Thun oder Unterlassen eine Strafe zu stipuliren (§. 211.) Vgl. L. 121. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 3. D. de legat. II. §. 36. J. de legat. 2. 20. und gegen die abweichende Meinung von Sintenis I. §. 20. A. 45. u. a.: Windscheid §. 93. A. 5. 6. Jedoch: L. 8. D. de O. et. A. 44. 7. Sub hac conditione: *si volam*, nulla fit obligatio; pro non dicto enim est, quod dare nisi velis cogi non possis; L. 108. §. 1. D. de V. O. 45. 1. Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit"; L. 46. §. 3. eod. „Denn macht sich der Wille vom Willen selbst abhängig (*volo si volam*), so ist offenbar noch gar keine bindende Willens-

erklärung beabsichtigt." Fitting a. a. O. S. 337. Aber auch, wenn sich der Wille schlechthin von dem Willen des zu Verpflichtenden abhängig macht, ist offenbar keine verpflichtende Willenserklärung beabsichtigt; vgl. L. 11. §. 7. D. de legat. III. L. 46. §. 3. D. de fid. libert. 40. 5. Windscheid §. 93. A. 1..4. vgl. mit Fitting in Goldschmidt's Ztschr. V. S. 119 fg. und im civ. Arch. XLVI. S. 260 fg., überhaupt noch Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 93., insbesondere (das. A. 3a.) gegen Köppen in d. dogm. Jahrb. XI. S. 245 fg., welcher Richtigkeit wegen einer auf das nackte Wollen gestellten Bedingung nur für Stipulation und Legat zugibt (S. 251). [Wächter Pand. I. S. 377 fg.]

[2] L. 2. pr. D. de in diem add. 18. 2. Quoties fundus in diem addicitur: utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum sit, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. L. 1. D. de lege commiss. 18. 3. Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. Sabinus, si sic emta sit, ut nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia; sed videamus, utrum conditio sit hoc an conventio; si conventio est, magis resolvetur quam implebitur. L. 2. §. 2..5. ibid. Dagegen: L. 5. Cod. de peric. 4. 48. „si venditionem nulla conditio suspenderat", L. 25. Cod. de donat. 8. 53 (54). „donatio ... conditione ... suspensa". In L. 44. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. wird unterschieden „conditio, quae in constituenda obligatione inseritur" und „quae post perfectam eam ponitur, veluti: *centum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit.*" — „Die s. g. auflösende Bedingung ist genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete, aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung." Windscheid §. 86. a. E. Vgl. Thibaut civ. Abh. Nr. 17. Cropp in seinen und Heise's Jur. Abh. I. S. 193..195. [Karlowa a. a. O. S. 94 fg.] Ueber eine andere Auffassung vgl. Unger II. §. 82. A. 30. 30a. [Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften II. (1879) S. 45 fg.] — Verschieden von einer eigentlichen Resolutivbedingung ist die Festsetzung, nach welcher im Fall eines künftigen Ereignisses nur ein Recht oder Rechtsverhältniß für die Zukunft aufhören soll (§. 73. not. k.), die man jedoch im uneigentlichen Sinn auch Resolutivbedingung zu nennen pflegt. Czyhlarz z. L. v. der Resolutivbedingung 1871. (vrbr. Esmarch in d. krit. Vjschr. XV. S. 155 fg.), Scheurl Nebenbest. S. 110 fg. Schulin die Resolutivbedingungen und Endtermine. 1875. (vrbr. Wendt in d. Jen. Lzt. 1876. Nr. 9. Hölder in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 175 fg.) Ihering in d. Jahrb. X. S. 493 fg. [Missir die Resolutivbedingung und ihre Wirkung. Inaug.-Diss. 1879. bestreitet die obige, seit Thibaut herrschende Auffassung; die Ausdrucksweise der Quellen entstamme einem überwundenen Stadium. Auch die Res.-Bed. betreffe direct das Hauptgeschäft.]

## §. 68.

### γ) Zulässigkeit der Bedingungen.

Bei manchen Rechtsgeschäften ist die Hinzufügung einer Bedingung überhaupt[1] oder doch gewisser Arten von Bedingungen[2] unstatthaft, und

bewirkt Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Diese Wirkung hat insbesondere auch die Hinzufügung einer Bedingung, welche der Natur des Rechtsgeschäfts widerstreitet[3]. Außerdem aber können manche an sich mögliche Thatsachen nicht wirksam zur Bedingung von Rechtsgeschäften gesetzt werden, und werden dann gleich unmöglichen Bedingungen behandelt (§. 72.).

Anm. [1] L. 77. D. de R. J. 50. 17. Actus legitimi [§. 63. A. 3.], qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit, quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum. Vgl. Fragm. Vat. §. 329. (Nicht richtig cap. 50. in 6to de R. J. „Actus legitimi conditionem non recipiunt neque diem".) Diese Regel gilt auch in Ansehung uneigentlicher Bedingungen, nicht nur, wie sie ausdrücklich ausspricht, stillschweigender, sondern auch, wie Fitting S. 310 fg. gegen Savigny mit Recht behauptet, in Ansehung der auf die Gegenwart oder Vergangenheit gerichteten (L. 51. §. 2. D. de acquir. v. om. hered. 29. 2.), und nothwendiger Bedingungen, was in so fern praktisch wichtig sein kann, als nun die Frage, ob eine hinzugefügte Bedingung eine eigentliche Bedingung sei, unerheblich ist; in Ansehung unmöglicher Bedingungen ist diese Streitfrage selbst unerheblich. Auf die Anwendung der Regel bezüglich stillschweigender Bedingungen bezieht sich der Satz: „expressa nocent, non expressa non nocent", L. 195. D. de R. J., der jedoch auch noch in anderer Beziehung sich geltend macht. L. 52. D. h. t. 35. 1. L. 69 (68). D. de her. inst. 28. 5. Die Gründe obiger Regel sind gut entwickelt von Fitting a. a. O. S. 340 fg.

[2] Dahin gehören captatorische Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen, L. 71. 72 (70. 71). D. de her. inst. 28. 5., nichtpotestative Bedingungen, und zwar auch unmögliche, bei Einsetzung eines suus heres. L. 15. D. de cond. inst. 28. 7. L. 4. Cod. de inst. et subst. 6. 25. vgl. Fitting S. 316. 340. Doch ist im letzten Falle eigentlich nicht die Erbeinsetzung an sich nichtig; sie ist nur nicht genügend, um die Nichtigkeit des Testaments abzuwenden, welche freilich auch Nichtigkeit der Erbeinsetzung mit sich bringt. Vgl. §. 598.

[3] Dahin gehört die Bedingung, welche die Existenz einer Verpflichtung schlechthin in die Willkür des Verpflichteten selbst stellt; vgl. §. 67. A. 1. a. E. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 17. 46. §. 3. L. 108. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 11. §. 7. D. de legat. III.; ob bei letztwilligen Verfügungen auch die Bedingung, welche die Wirksamkeit in die Willkür eines Dritten stellt? Darüber vgl. L. 52. D. h. t. L. 69 (68.) D. de hered. instit. 28. 5. cap. 13. X. de testament. 3. 26. §. 491. A. 5. Die Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung gilt pro non adiecta, weil eine Wiederaufhebung des einmal in Wirksamkeit getretenen Erbverhältnisses nicht stattfindet. L. 89 (88.) in f. D. de hered. instit. 28. 5. — Vgl. noch cap. 7. X. de conditionibus appos. in desponsat. 4. 5. Si conditiones contra substantiam coniugii inserantur, puta si alter dicat alteri: *contraho tecum, si generationem prolis evites*, vel, *donec inveniam aliam honore vel facultatibus digniorem*, aut, *si pro*

*quaestu adulterandam te tradas*, matrimonialis contractus ... caret effectu: licet aliae conditiones appositae in matrimonio, si turpes aut impossibiles fuerint, debeant propter eius favorem pro non adiectis haberi.

## §. 69.

### δ) Erfüllung der Bedingung.

Die Bedingung ist erfüllt, existit conditio, wenn die zur Bedingung gesetzte Thatsache nach allen ihren Momenten, sowie sie nach richtiger Auslegung (§. 75.) derjenige, welcher die Bedingung setzte, sich vorgestellt hat[a], eingetreten ist[b]. So lange dies nicht geschehen, aber noch möglich ist, heißt es: *pendet* conditio; wenn entschieden ist, daß sie nicht erfüllt werde: *deficit* conditio. Negative Bedingungen sind erfüllt, wenn die Thatsache, die nicht eintreten sollte, überhaupt oder in der vorausgesetzten Art unmöglich geworden ist[c]. Häufig aber wird eine Bedingung für erfüllt geachtet, obgleich sie es buchstäblich nicht ist, nämlich 1) wenn derjenige, welchem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht[d], die Erfüllung der Intention der Verfügung zuwider absichtlich[e] hindert[1]; 2) wenn derjenige, in Rücksicht auf welchen die Bedingung gesetzt ist, die zu deren Erfüllung seinerseits erforderliche Einwilligung oder Mitwirkung versagt und dadurch jene verhindert[f], vorausgesetzt, daß nicht die Willensmeinung auf die Thatsache selbst an sich gerichtet ist[2]; 3) wohl auch[g], wenn der bedingt Berechtigte durch andere zufällige Umstände an der Erfüllung gehindert worden ist[3].

Anm. [1] L. 161. D. de R. J. (Ulpian.). (In) iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. Fast gleichlautend, nur nach Flor. und andern Handschriften, womit auch die Basilic. XLIV. 19. 23. übereinstimmen, ohne die Negation vor impleri, sagt L. 24. D. h. t. 35. 1. (Julian.): Jure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset. Allein andere Handschr. haben, wie in L. 161 cit., die Lesart: non impleri, die sich auch bei Hal. findet, und diese ist gewiß die richtige, Savigny III. §. 119. not. g., obwohl man auch ohne die Negation in L. 24. cit. ganz denselben Sinn wie in L. 161 cit. hat finden wollen, weil cuius interest conditionem non impleri, eius etiam

[a] L. 6. pr. D. de cond. institut. 28. 7. — §. 11. J. de hered. instit. 2. 14. L. 78. §. 1. D. h. t. — L. 2. 10. 11. §. 1. L. 68. 91. D. h. t. L. 7. Cod. de instit. et subst. 6. 25. [b] L. 19. pr. L. 76. L. 101. pr. D. h. t. [c] §. 4. J. de V. O. 3. 15. L. 115. D. eod. 45. 1. L. 7. pr. L. 73. L. 103. 106. D. h. t. [d] L. 81. §. 1. L. 110. D. h. t. L. 85. §. 7. D. de V. O. 45. 1. L. 50. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 161. D. de R. J. [e] L. 38. D. de statulib. 40. 7. [f] L. 11. 23. D. de cond. instit. 28. 7. L. 14. 31. 78. D. h. t. L. 34. §. 4. D. de legat. II. L. 5. §. 5. D. quando dies. 36. 2. cf. L. 1. Cod. de his quae sub modo. 6. 45. [g] L. 94. D. h. t. 35. 1. L. 3. §. 8. 10. 11. L. 4. §. 5. L. 19. 20. §. 3. 4. L. 28. pr. D. de statuliberis. 40. 7; [L. 6 (7). §. 2. Cod. de condic. insert. 6. 46.].

intersit conditionem impleri. Vangerow I. §. 94. Scheurl Nebenbest. §. 40 . . 46. [Wächter Pand. I. S. 381. Nr. 2.]

2 Man könnte obigen Satz etwa mit den Worten der L. 24. cit. nach der Flor. Lesart ausdrücken. Savigny §. 119. S. 138. Bestimmt spricht denselben aus L. 23. D. de cond. instit. 28. 7. „plerumque haec conditio: *si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit,* ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat", und in manchfaltigen Anwendungen bestätigen ihn die übrigen Stellen in not. f. Vgl. Savigny III. S. 138 fg. Windscheid Voraussetzung S. 185; [Maassen Civil. Erörtgn. S. 5 fg.] Plerumque heißt jedoch nicht gerade „meistentheils"; die Frage ist wesentlich eine Frage der Willensauslegung [Maassen S. 21 fg.]; daher auch wohl aus §. 699. des österreich. Gesetzb. nicht mit Unger §. 82. A. 35. schlechthin die Unanwendbarkeit der obigen Regel abzuleiten. Vgl. Unger Erbr. §. 16. A. 16. Die betreffenden Stellen (not. f.) haben übrigens durchweg letztwillige Verfügungen im Auge; aber auch bei andern Rechtsgeschäften kann die gleiche Behandlung wohl berechtigt sein. Windscheid Pand. §. 92. A. 9. a. E. [Wächter a. a. O. S. 380 fg. Nr. 1. Dagegen z. B. Baron §. 54. Nr. 2.]

3 Beschränkt sich dies nur auf den in not. g. berührten, jetzt unpraktischen Fall, favore libertatis? [Maassen S. 9.] Zu allgemein spricht jedenfalls cap. 66. de reg. iur. in 6to: Cum non stat per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde ac si completa fuisset. Vgl. L. 8. §. 7. 8. L. 24. D. de cond. instit. L. 31. D. h. t. L. 20. pr. D. de annuis leg. 33. 1. L. 3. §. 31. D. de Sc. Silan. 29. 5. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero*, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimatione(m) etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit conditio. Quodsi vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur. L. 54. §. 2. D. de legat. I. Sed etsi servi mors impediisset manumissionem, quum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. Savigny a. a. O. S. 142 . . 48. schlägt vor, statt *mors* zu lesen *mora*. Dagegen Puchta §. 60. not. h. Vorles. §. 60. A. 1. Vgl. oben not. b. Windscheid §. 92. A. 6 . . 8. findet in den Stellen der not. f. (A. 2) für letztwillige Verfügungen den Ausdruck der weiter greifenden Regel: daß die Bedingung als erfüllt gelte, „wenn derjenige, welchem die Handlung als Bedingung gesetzt ist, das Seinige dazu gethan hat, um die Handlung zu Stande zu bringen." Aber in jenen Stellen wird gerade auf die Verhinderung der Erfüllung durch Verweigerung der Mitwirkung von Seite desjenigen, in cuius personam conditio collata est oder qui iussus est parere conditioni, Gewicht gelegt, und auch bei der Bedingung *si fecerit* in L. 23. cit. (s. A. 2.) kann man füglich an solchen Fall denken (vergl. L. 14. D. h. t. 35. 1. *„si statuas in municipio posuerit, heres esto:* si paratus est ponere, sed locus a municipibus ei non datur"); auch erkennt Windscheid selbst an (A. 9. a. E.), daß in andern Fällen die Auslegung nicht so leicht zu dem Resultate führen werde, daß nicht der wirkliche Vollzug der als Bedingung gesetzten Handlung gewollt sei. — Ungegründet ist die Annahme einer Rechtsvermuthung für die Erfüllung der Bedingung. L. 10. §. 1. D. de reb. dub. 34. 5. Mühlenbruch §. 109. A. 5.

### a) Wirkung der Bedingung.

## §. 70.

### aa) Pendente und deficiente conditione.

So lange die Bedingung schwebt, ist die Existenz des davon abhängigen Rechtserfolgs **ungewiß**. Demnach ist es 1) bei der sog. **Suspensiv**bedingung ungewiß, ob das Rechtsgeschäft in Wirksamkeit treten werde? Es ist zwar ein Rechtsgeschäft vorhanden, aber eben nur ein bedingtes [1], das wohl die Möglichkeit der in Aussicht genommenen Rechtswirkung begründet [2], aber durch Nichterfüllung der Bedingung auch noch ganz vereitelt werden kann, inzwischen jedoch, weil und sofern das erste der Fall ist, allerdings eine rechtliche Bedeutung [3] und schon jetzt eine gewisse, wenn gleich nicht seine eigentliche Wirkung hat [4], auch in diesem Zustand der **Schwebe** für die Erben derjenigen, die es zunächst betrifft, fortbestehen kann [5]. 2) Bei der sog. **Resolutiv**bedingung ist es einstweilen ungewiß, ob das Rechtsgeschäft, dem sie hinzugefügt worden (die Hauptwillenserklärung), in Zukunft wirksam bleibe; dasselbe wirkt zur Zeit als unbedingtes, aber mit der schon jetzt begründeten Möglichkeit, durch Erfüllung der Bedingung (der auf Aufhebung des Rechtsgeschäfts gerichteten Nebenwillenserklärung) wieder rückgängig zu werden [6].

Ist die Nichterfüllung der Bedingung entschieden (*deficiente* conditione), so ist nun gewiß, daß das bedingt Erklärte nicht gewollt sei, daß somit das (suspensiv bedingte) Rechtsgeschäft vereitelt sei [7], das bedingt auflösbare nicht aufgelöst werde [8].

Anm. [1] L. 8. D. de auct. tut. 26. 8. „conditionalis contractus", L. 2. 4. D. de in diem add. 18. 2. „conditionalis emtio, venditio", L. 10. pr. D. de cond. inst. 28. 7. „conditionalis institutio", L. 3. D. de legat. I. „legatum vel fideicommissum conditionale." Vgl. L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. L. 78. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 40. D. de stip. serv. 45. 3.

[2] §. 4. J. de V. O. 3. 15. „ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri"; L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1. „ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur". Daher auch: „conditionalis creditor, debitor", L. 14. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. L. 5. §. 2. D. de lib. leg. 34. 3. L. 54. D. de V. S.

[3] So ist ein neues Testament, welches nur eine bedingte Erbeinsetzung enthält, vermöge welcher doch möglicher Weise die Erbschaft deferirt werden kann, immerhin ein neues Testament, wodurch das frühere aufgehoben wird. L. 16. D. de iniusto test. 28. 3.

[4] Vgl. darüber **Schönemann** in Linde's Ztschr. N. F. XIX. S. 12..24. und **Windscheid** §. 89., die aber zusammenstellen die Wirkung, welche das bedingte Rechtsgeschäft als solches schon vor der Erfüllung der Bedingung äußert, und die Rückwirkung

auf jene Zeit, welche erst durch die Erfüllung sich entscheidet. Dorthin gehört a) die Regel des §. 69. A. 1.; b) die Möglichkeit unter Umständen wegen Geltendmachung des künftigen Rechts schon jetzt Caution zu erwirken, L. 1. §. 3. 14. 20. L. 5. pr. §. 2. L. 10. D. ut legat. 36. 3. L. 16. pr. D. de hered. petit. 5. 3. L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1., oder andere Vorsichtsmaßregeln zu treffen, L. 40. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Mit Unrecht behauptet Schönemann S. 15., daß alle Arten bedingter Stipulationen ein Recht auf Sicherheitsleistung wegen einstiger Erfüllung geben, indem er in L. 16. pr. cit. den Satz „quod et in stipulatione conditionali erit dicendum" aus dem Zusammenhange gelöst zu einer allgemeinen Regel erhebt, vgl. L. 41. D. de iud. 5. 1. Windscheid §. 89. A. 12. 13., übrigens auch noch L. 6. pr. L. 14. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4., [Regelsberger Rechtsgutachten in Sachen des Herrn Louis Favre ... gegen die Gotthardeisenbahn-Gesellschaft. 1878.]; c) die Möglichkeit, Ansprüche abzuwehren, welche geltend zu machen der Intention des bedingten Rechtsgeschäfts zuwider ist, so lange die Bedingung schwebt, die sie vernichten kann, z. B. L. 36. D. de reb. cred. 12. 1. L. 80. 83. D. de iure dot. 23. 3., so auch die Vindication der bedingt tradirten Sache, arg. L. 7. §. 3. D. eod., womit nicht im Widerspruch steht, daß das aus Irrthum Gezahlte pendente conditione zurückgefordert werden kann, L. 16. 18. D. de cond. indeb. 12. 6. d) Das bedingte Rechtsverhältniß kann auch sonst noch mehrfach schon pendente conditione in Betracht kommen, insbesondere als Gegenstand oder Anlaß andrer Verfügungen (§. 268. A. 6. §. 350. 384. 406. 563.) [Karlowa Rechtsgeschäft S. 89 fg.]

5 L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. „si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum", L. 2. §. 5. D. de donat. 39. 5. cf. L. 9. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. — §. 4. J. de V. O. 3. 15. (A. 2.) „eamque ipsam spem in heredem transmittimus", §. 25. J. de inutil. stip. 3. 19.; nicht so jedoch bei bedingten letztwilligen Verfügungen, L. 5. pr. §. 2. D. quando dies. 36. 2. cf. L. 18. D. de R. J. Damit hängt zusammen L. 42. D. de O. et A. 44. 7. Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. L. 27. pr. D. qui et a quib. 40. 9. In fraudem creditorum manumittitur liberque esse prohibetur, sive dies solvendae pecuniae iam cessit sive in diem vel sub conditione sit debitum. Diversa causa est legati sub conditione relicti; nam antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur.

6 L. 2. §. 1. D. de in diem add. 18. 2. „hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari", L. 4. §. 3. eod. „pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset (est)"; L. 15. pr. eod. „quodsi intra diem adiectionis heres existat, melior conditio ei afferri potest".

7 L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. „quod .. si defecerit conditio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio"; L. 37. D. de contrah. emt. 18. 1. „venditioni, quae nulla est, si conditio defecerit"; L. 19. D. de h. v. a. v. 18. 4. vgl. §. 1. J. de emt. vend. 3. 23. „pro nihilo esse venditionem", denn nur „sub conditione staret contractus"; cf. L. 4. §. 5. D. de in diem add. 18. 2. „non impletur emtio".

8 L. 15. pr. D. de in diem. add. 18. 2. „priori praedium emtum est, quia melior conditio allata . . . intelligi non potest".

## §. 71.

### bb) Wirkung der Erfüllung[1].

Ist die Bedingung erfüllt, so tritt nun der bisher bedingte Wille als für diesen Fall schon im Voraus bindend erklärter Wille in Wirksamkeit. Demnach wird 1) im Fall einer sogenannten Suspensivbedingung das bisher bedingte Rechtsgeschäft nunmehr als unbedingtes wirksam[2], wofern auch die sonstigen Voraussetzungen seiner Wirksamkeit im Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung vorhanden sind[3]; der dadurch entschiedene Rechtserwerb gilt als schon in dem Zeitpunkte rechtlich begründet, in welchem er eingetreten sein würde, wenn das Rechtsgeschäft von Anfang an unbedingt gewesen wäre, und wird darum durch rechtliche Verfügungen der Zwischenzeit, welche mit dem damals in Aussicht gestellten Rechte im Widerspruch stehen, nicht beeinträchtigt, obwohl nicht behauptet werden kann, daß er nun auch als in jenem Zeitpunkte bereits vollendeter Erwerb anzusehen sei[4]. 2) Im Fall einer sogenannten Resolutivbedingung wird nun das Rechtsgeschäft, dem sie beigefügt war, aufgelöst und seine Wirkungen werden rückgängig gemacht, als ob es nicht geschlossen worden wäre[5]; die durch dasselbe oder auf Grund desselben übertragenen Rechte fallen von selbst, so wie sie gewährt worden, an den Auctor zurück und wird auch dieser Rückerwerb nicht durch rechtliche Verfügungen des Erwerbers in der Zwischenzeit beeinträchtigt[6]. In beiden Fällen erleidet jedoch diese Rückwirkung der erfüllten Bedingung eine Beschränkung, falls die Erfüllung in die Willkür desjenigen gestellt war, welcher zufolge derselben verpflichtet werden oder ein Recht verlieren soll[7].

Anm. [1] Vgl. Savigny a. a. O. S. 149..156; W. Sell über bedingte Traditionen. (1839) drbr. Ihering in den krit. Jahrb. Bd. 22. (Jahrg. XI.) S. 865 fg. [= Verm. Schr. Nr. 2. S. 47 fg.]; Windscheid die Wirkung der erfüllten Bedingung, 1851. 4⁰. und Pand. (5. Aufl.) §. 89..91., Schönemann a. a. O. S. 6 fg. S. 24 fg. Eisele das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensivbedingung im civ. Arch. L. 14. 15. S. 253..327.

[2] Nach römischer Ausdrucksweise wird das Rechtsgeschäft nun erst perfect. L. 7. D. de contrah. emt. 18. 1. „Conditionales .. venditiones tunc perficiuntur, quum impleta fuerit conditio“. L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. (A. 3. a.) L. 2. pr. D. de in diem add. 18. 2. L. 2. §. 3. in f. D. pro emt. 41. 4. „implebitur“ sc. emtio. Abgeschlossen oder errichtet als bedingtes Rechtsgeschäft, abgeschlossen für den jetzt eingetretenen Fall ist es freilich schon vorher, und einer neuen Manifestation des Willens, der schon im Voraus erklärt war, bedarf es nicht. Von dieser Perfection „im heutigen Sinne“, wie er sie nennt, handelt sehr weitläufig Schönemann a. a. O. S. 30 fg. Vgl. Arndts in der krit. Vjschr. V. S. 163. (civ. Schr. III. S. 498). [Karlowa a. a. O. S. 82 fg.]

[3] Vgl. a) L. 8. pr. D. de periculo rei vend. 18. 6. Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet [s. §. 275]... Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio, quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt; idem Pomponius .. probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur) si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris. Der Schluß der Stelle lautet nach Haloander:... venditoris sunt, si pendente conditione res fuerit extincta: perimitur enim emtio sicut stipulationes et legata etc.; nach Vulgat-Handschr.... venditoris sunt. Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes etc. Schulting-Smallenburg ad. h. l., cf. L. 10. §. 5. D. de iure dot. 23. 3. „quum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors (sc. servi in dotem dati) contingens extinguat venditionem". — L. 14. pr. D. de novat. 46. 2. Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest (Vulg. *superest*) res eo tempore, quo conditio impletur. Wenn nach diesen Stellen (vgl. über L. 8. Scheurl S. 199 fg.) das Rechtsgeschäft nicht zur Wirksamkeit gelangt, falls inzwischen dessen Gegenstand untergegangen ist, so kann dies doch in dem Falle nicht ohneweiters zugegeben werden, wenn der Untergang des Gegenstandes und somit die Vereitelung des beabsichtigten Rechtsverhältnisses durch Verschulden des bedingt Verpflichteten gegen die eventuelle Verpflichtung herbeigeführt worden ist: arg. L. 31. D. 46. 2. „nisi si per promissorem steterit quominus daret". Wächter Württ. Pr. R. II. S. 700. Schönemann a. a. O. S. 25 fg. In so fern wirkt hier die Erfüllung der Bedingung auf die Vergangenheit zurück, als nun das Verhalten des Verpflichteten als obligationswidrig erscheint und denselben verantwortlich macht, während es deficiente conditione von keiner Bedeutung wäre. b) L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. Sin autem aliquid sub conditione relinquatur . . . quodsi in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat . . . hoc, quod ideo non praevaluit, manere . . . apud eos, a quibus relictum est. L. 5. §. 2. D. quando dies leg. 36. 2. cf. L. 41. §. 2. D. de legat. I. Die letztwillige Zuwendung wird der bestimmten Person zugedacht; diese soll deren Anfall erleben; durch ihren früheren Tod ist daher das Subject des bedingten Rechtserwerbes weggefallen. Einen verwandten Fall, wo umgekehrt das Wegfallen des Subjects der bedingten Verpflichtung den Erfolg des bedingten Rechtsgeschäfts vereitelt, behandelt c) L. 72. D. de fideiussor. 46. 1. Si fideiussori sub conditione obligato, *si navis ex Asia venerit*, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae duntaxat obligaretur, pendente conditione acceptum latum fuerit, et is fideiussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit: confestim a reo petere possum, quia existens conditio neque obligationem in personam iam mortui efficere neque acceptilationem confirmare possit. Vgl. Gai. III. 120. Scheurl S. 204 fg. [Karlowa S. 87 fg.]

[4] Vgl. a) L. 11. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. b) L. 8. pr. cit. A. 3. a. c) L. 16. D. de solut. 46. 3. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus. Et hoc etiam, si solutio re fiat, accidere Aristo dicebat. cf. L. 13. §. 8. D. de acceptil. 46. 4. Si legatorum sub conditione relictorum fideiussori dato accepto latum sit, legata debebuntur, postea conditione eorum existente. d) L. 69. §. 1. D. de legat. I. Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si legati conditio existat; videamus, an acquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur. Cf. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 105. D. h. t. 35. 1. L. 3. §. 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. Sin autem sub conditione ... fuerit relictum legatum, ... sin ... ad venditionem vel hypothecam prosiluerit (heres), sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur. e) L. 18. D. de R. J. Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus; aliter atque quod stipulati sumus; nam et sub conditione stipulantes omnimodo iis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat. cf. L. 14. §. 3. D. quando dies. 36. 2. (In L. 18. cit. ist *domini* interpolirt.) — Man hat hiernach die Regel aufgestellt: „Conditio existens ad initium negotii retrotrahitur“, oder (bei Verträgen); „retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem“. Savigny III. S. 151. Diese Regel wurde angefochten von Windscheid (vgl. A. 1.), dem sich auch Eisele a. a. O. anschließt. Eine Vertheidigung derselben dagegen wurde von Fitting in Aussicht gestellt und vorerst vorbereitet durch die Abhandlung „über den Begriff der Rückziehung“ (§. 57. A. 3.), worin jedoch schon vorläufig (S. 31 fg.) ausgeführt ist, daß bei Vermächtnissen wie bei bedingter Freilassung in Ansehung des Erwerbes keine Rückziehung stattfinde. Allein der Verfasser selbst hat diese Regel später noch enger beschränkt in Goldschmidt's Ztschr. II. S. 255. [Note 79.], und nach ihm wird dieselbe auch nur mehr in enger Beschränkung, nämlich bei obligatorischen Verträgen und beim Pfandvertrag, und zwar nur rücksichtlich des Rechtserwerbs, nicht rücksichtlich der Ausübung, vertheidigt von Vangerow 7. Aufl. §. 95. A. II. In der That ist eine Rückziehung im strengen Sinn (§. 57.) weder bei Rechtsgeschäften unter Lebenden noch bei letztwilligen Verfügungen zu behaupten. Zwar drückt sich die Stelle unter a) so aus, als ob die bedingte Stipulation nach erfüllter Bedingung durchaus als von Anfang unbedingte zu betrachten sei. Aber dies ist selbst für Stipulationen unrichtig, L. 31. D. de V. O. 45. 1., und ist noch weniger für andere obligatorische Rechtsgeschäfte haltbar (A. 3. a. c.). Schönemann a. a. O. S. 48 fg. Dagegen ist eine gewisse rückwirkende Kraft des durch Erfüllung der Bedingung unbedingt gewordenen Rechtsgeschäfts, sowohl der letztwilligen Verfügung als andrer Rechtsgeschäfte, nicht zu verkennen, und in obigen Stellen anerkannt. In der Sache stimmt damit auch überein Windscheid a. a. O. und Pand. §. 91. A. 1. vgl. §. 89. A. 3. 4. Wenn dieser jene Rückwirkung aus der schon pendente conditione bestehenden Gebundenheit des bedingt Verpflichteten oder Belasteten erklärt, so ist dagegen, sowie er diese näher bestimmt, wenig einzuwenden, jedoch nicht zu übersehen, daß diese Gebundenheit selbst eben nur eine eventuelle und ungewisse war und erst durch die Er-

füllung als wirklich dagewesen sich entscheidet. Vgl. übrigens noch Unger §. 82. S. 70 fg. Förster I. S. 169 fg. Die Ansichten über die rückwirkende Kraft der Bedingung gehen noch immer vielfach auseinander; vgl. über die neuere Literatur Windscheid 5. Aufl. §. 91. A. 1. [dazu Wächter Pand. I. S. 384 fg., 391 fg. und Missir (oben §. 67. A. 2. a. E.) S. 50 fg.] — Ueber die Frage, wem bei bedingtem Erwerb die Früchte der Zwischenzeit zufallen? vgl. Windscheid a. früher a. O. S. 12. mit Vangerow I. §. 95. A. II. c. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 708 fg. [Pand. I. S. 396 fg.]

[5] Diese Auffassung gibt sich schon in der Ausdrucksweise bei einigen Hauptfällen von sog. Resolutivbedingungen zu erkennen: *si ad diem pecunia soluta non sit*, oder: *si displicuerit, ut inemta invendita res sit.* Dig. de lege commissoria. 18. 3. L. 10. pr. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5., L. 2. §. 3. 5. D. pro emt. 41. 4. In einem andern Fall ist zwar nur von *discedere a venditione* die Rede. Dig. de in diem add. 18. 2. Aber in der That ist dies dasselbe, weil auch dadurch infecta fit emtio, L. 2. D. de rescind. vend. 18. 5., „retro acta venditio“, L. 19. D. de usurp. et usucap. 41. 3., „finita emtio“, L. 4. pr. D. de lege comm. 18. 3. Die Folge davon ist, daß nun die Klage auf Erfüllung der durch das aufgelöste Rechtsgeschäft eingegangenen Verbindlichkeiten ipso iure wegfällt, sofern aber schon in Beziehung darauf etwas geleistet worden, nun die Rückleistung und materielle Wiederherstellung des Zustandes, wie er ohnedies sein würde, begehrt werden kann, und zwar durch die Klage aus dem aufgelösten Contract selbst, welchem die auf Wiederaufhebung gerichtete Nebenwillenserklärung (§. 67. A. 2.) als ein eigener Bestandtheil hinzugefügt war. L. 4. pr. L. 5. D. 18. 3. L. 4. §. 4. L. 16. D. de in diem add. 18. 2.

[6] L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. Pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Cf. L. 41. pr. D. de R. V. 6. 1. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 4. Cod. de pactis int. emt. et vend. 4. 54. L. 9. pr. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. Anderer Meinung Riesser in Linde's Ztschr. II. 1. 8. Dagegen Vangerow §. 96. vgl. Windscheid a. a. O. S. 23 fg. Pand. §. 90. A. 1. Rückziehung im strengen Sinn ist auch hier nicht zu behaupten; es gilt bezüglich des Rückerwerbs in diesem Fall nur wesentlich dasselbe, wie bezüglich des Erwerbs im Fall unter Nr. 1. (A. 4.), und nur in demselben Sinn wie die Suspensivbedingung hat auch die Resolutivbedingung rückwirkende Kraft. Vangerow a. a. O. 7. Aufl. S. 150. Daß hier in der Regel auch die Früchte der Zwischenzeit dem Rückerwerber gebühren, macht keinen wesentlichen Unterschied; dies wird nur als entsprechend der auf Aufhebung des Rechtsgeschäfts gerichteten Willensmeinung angenommen, und kann das Gleiche zu Gunsten des Erwerbers bei der Suspensivbedingung statthaben, erworben aber sind sie pendente conditione weder dem einen noch dem andern. Vgl. übrigens Windscheid §. 91. A. 2. 3. — Ein wesentlich verschiedener Fall ist es, wenn durch einen Nebenvertrag unter Suspensivbedingung nur die künftige Eingehung eines Geschäfts von entgegengesetzter Tendenz, wie das Hauptgeschäft, verabredet wird, z. B. ein pactum de retrovendendo. Daraus entsteht überall nur ein obligatorischer Anspruch auf Erfüllung der Nebenverabredung; es wird nicht das frühere Hauptgeschäft rückgängig gemacht. L. 2. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. Savigny III. S. 155. Windscheid 4. Aufl. §. 90. A. 1..4.

[7] L. 9. §. 1. D. qui pot. 20. 4. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo

non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. — L. 3. D. quib. mod. pignus solv. 20. 6. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus lib. V. Dig. ait finiri pignus, si melior conditio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Streitig wie weit diese Beschränkung gehe? Vgl. Windscheid im civ. Arch. XXXV. 3. Neuerdings wird dieselbe ganz in Abrede gestellt von Regelsberger Z. Lehre v. Altersvorzug der Pfandrechte, S. 48..58. Windscheid Pand. §. 89. A. 15. [auch Wächter Pand. I. S. 386. Note 18. S. 393 fg.], indem diese die L. 9. §. 1. cit. von einer auf das nackte Wollen des Verpflichteten gestellten Bedingung verstehen (§. 67. A. 1.), und die L. 3. cit. ebenfalls daraus erklären, daß der Käufer in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags gar nicht gebunden war (Windscheid §. 93. A. 3.). Allein die erste Erklärung gewährt den Worten gegenüber keine rechte Befriedigung, und gegen das zweite ist zu bemerken, daß doch der Verkäufer in Betreff der Wiederauflösung des Vertrags gebunden war, und nun doch eine Beeinträchtigung des für diesen Fall ihm schon vorher in Aussicht gestellten Rückerwerbs gegen die Regel des Paragraphen erleidet, indem er nur auf einen obligatorischen Anspruch gegen den Käufer beschränkt ist. Wenn Windscheid §. 89. A. 15. a. E. noch bemerkt, daß ja auch die auflösende Bedingung bei der in diem addictio und lex commissoria nicht ohne den Willen des durch ihre Erfüllung Verlierenden (nämlich des Käufers) erfüllt werde, so kann er dabei, wenn nicht eine ähnliche Verwechslung zum Grunde liegt, wie sie Thibaut civ. Abh. S. 365. entschlüpfte, nichts anderes im Sinne haben, als daß der Käufer durch Aufbieten der melior conditio allata oder rechtzeitige Zahlung die Erfüllung der Bedingung abwenden könnte; dies aber liegt doch nicht immer bloß im Willen des Käufers; die Versäumung der Zahlungsfrist zumal geschieht gewiß oft genug invito debitore. Uebrigens vgl. noch §. 384. [und Leonhard Irrth. S. 267 fg.]

## §. 72.

### ζ) Insbesondere von unmöglichen Bedingungen [1].

Unmögliche Bedingung heißt eine solche, von welcher es schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist, daß deren Erfüllung nicht eintreten werde, weil sie nicht eintreten kann [a], es sei nun aus natürlichen Gründen, physisch unmögliche Bedingung [b]; oder aus juristischen Gründen, juristisch unmögliche Bedingung [c]; es sei die Erfüllung unter allen Umständen undenkbar, absolut unmögliche, oder nur durch zufällige Umstände ausgeschlossen, relativ unmögliche Bedingung [d]; es sei die Rede vom Eintreten einer Thatsache, die nicht eintreten kann, positiv unmögliche, oder vom Nichteintreten einer Thatsache, die nothwendig eintreten muß, negativ unmögliche Bedingung [e]. Nach der Natur der

[a] Gai. III. 98. [b] §. 11. J. de inutil. stip. 3. 19. Pauli sentt. III. 4. b. §. 1. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 35. §. 1. L. 137. §. 6. D. l. c. L. 72. §. 7. D. h. t. 35. 1. [d] L. 6. §. 1. L. 72. §. 7. D. h. t. 35. 1. L. 46 (45). D. de hered. inst. 28. 5. L. 26. §. 1. D. de statulib. 40. 7. cf. L. 4. §. 1. D. ibid. L. 6. D. de cond. inst. 28. 7. [e] arg. L. 7. D. de V. O.

Sache würde die Verfügung, welche von einer solchen Bedingung abhängig gemacht ist, immer nichtig sein, und dies ist auch bei Verträgen wirklich der Fall[f]. Bei letztwilligen Verfügungen aber ist umgekehrt angenommen, daß die Bedingung als nicht hinzugefügt zu betrachten sei[g], die Verfügung selbst also als unbedingte bestehe[2], dem Verfügenden mag die Unmöglichkeit bekannt gewesen sein oder nicht[3]. Den im eigentlichen Sinn unmöglichen Bedingungen sind aber rücksichtlich ihrer Wirksamkeit auch solche Bedingungen gleichgeachtet, vermöge welcher, wenn die durch sie bedingte Willenserklärung als solche zu Recht bestünde, für Jemanden die Erlangung eines Vortheils oder die Vermeidung eines Verlustes davon abhängig sein würde, daß er eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehe, oder eine rechtlich oder sittlich gebotene Handlung unterlasse, wodurch also rechtswidrige oder unsittliche Handlungen oder Unterlassungen würden befördert werden[h]. Man nennt sie moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen, turpes conditiones, obwohl es nicht darauf ankommt, ob die zur Bedingung gesetzte positive oder negative Thatsache an sich auf Unerlaubtes geht, sondern darauf, ob die dadurch bedingte Willenserklärung Unerlaubtes erzielt[4]. Aber auch von solchen Bedingungen gilt das Gleiche, welche zwar nicht in dieser Weise auf an sich Rechtswidriges oder Unsittliches gerichtet sind, welche aber eben dadurch einen verwerflichen Charakter annehmen, daß sie als Bedingungen eines Rechtsgeschäftes gesetzt werden[i], und auch diese werden moralisch unmögliche oder unsittliche Bedingungen genannt, wirken jedoch nicht immer in gleicher Weise[5]. Erscheint eine Bedingung in ihrer Beziehung zu der Hauptbestimmung als widersinnig[k], so hat dies Nichtigkeit der ganzen Verfügung zur Folge[6].

Anm. [1] Vgl. überhaupt W. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen, in dessen Vers. Bd. II. (1834). Arndts Beitr. I. S. 161 fg. (civ. Schr. I. 4.) Die hier versuchte Berichtigung der Begriffe ist wieder angefochten von Mühlenbruch Bd. 41. S. 111..114. Dagegen aber vgl. Savigny III. S. 156..203. (gleich-

[f] §. 11. J. cit. L. 7. 137. §. 6. cit. L. 1. §. 11. L. 31. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de fideiuss. 46. 1. L. 9. §. 6. D. de reb. cred. 12. 1. [g] Gai. III. 98. Paul. l. c. §. 10. J. de hered. inst. 2. 14. L. 3. 6. §. 1. D. h. t. L. 1. 6. 20. pr. in f. D. de cond. inst. 28. 7. L. 16. in f. D. de iniusto test. 28. 3. L. 104. §. 1. D. de legat. I. L. 5. §. 4. D. quando dies. 36. 2. [h] Paul. l. c. §. 2. L. 9. 14. 27. pr. D. de cond. inst. L. 8. §. 1. D. de usu. 7. 8. L. 5. Cod. de inst. et subst. 6. 25. cf. L. 15. D. de cond. inst. — L. 26. 27. 123. D. de V. O. §. 36. J. de legat. 2. 20. — L. 121. §. 1. D. l. c. L. 1. Cod. si mancipium ita venierit ne prostituatur. 4. 56. — L. 7. §. 3. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 2. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. [i] Paul. l. c. L. 71. §. 1. 2. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t. 35. 1. L. 8. D. de cond. inst. 28. 7. [k] L. 16. D. h. t. 28. 7. L. 88. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 39. D. de manum. test. 40. 4. cf. L. 4. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5.

zeitig), und jetzt auch Vangerow 6. u. 7. Aufl. I. §. 93. A. 3. Unger II. S. 80 fg. Windscheid §. 94. — Fitting über d. Begriff der unsittl. Bed. im civ. Arch. LVI. 12. Ravit z. L. v. d. unsittl. Bedingungen und unsittl. Verträgen das. LVIII. 1. [Wächter Pand. I. S. 370 fg.]

² Gai. III. 98. Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest, veluti: *si digito coelum tetigerit*, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores (die Sabinianer) proinde deberi putant, ac si sine conditione relictum esset, diversae scholae auctores (die Proculianer) nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem: et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. L. 3. D. h. t. (Ulpian. lib. VI. ad Sabinum.) Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. — Zu bemerken: a) Tritt die Unmöglichkeit erst später ein, so gilt die Bedingung nicht als unmögliche, sondern als vereitelte (deficit conditio). L. 94. pr. D. h. t. L. 23. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. b) Ist die Bedingung schon zur Zeit der letztwilligen Verfügung, wenn gleich ohne Wissen des Verfügenden, vereitelt, so ist sie der unmöglichen gleich. L. 6. §. 1. D. h. t. Sabinus quoque et Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis esse: quae sententia admittenda est. Anders wenn die Bedingung als conditio in praesens vel in praeteritum collata gedacht war. §. 66. A. 5. c) Eine nur theilweise unmögliche Bedingung gilt auch nur insofern pro non scripta. L. 6. §. 1. cit. L. 46 (45). D. de hered. inst. 28. 5. d) Eine Bedingung von einer, nicht bloß der einzelnen Person, unüberwindlichen Schwierigkeit ist der unmöglichen gleich zu achten. L. 6. D. de cond. inst. cf. L. 4. §. 1. D. de statulib. 40. 7. L. 137. §. 4. D. de V. O. Savigny S. 165. „unerschwingliche Bedingung". e) Eine Bedingung, die unter Voraussetzung einer Aenderung der gegenwärtigen Umstände noch erfüllt werden könnte, ist nicht eine unmögliche, L. 58. D. h. t., wenn nicht die Voraussetzung selbst verwerflich erscheint. L. 35. §. 1. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest et id quod nunc impossibile est postea possibile fieri. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Liberum hominem ... emere non possumus, ... nec ... *quum servus erit* ...; nec enim fas est eiusmodi casus exspectare. Savigny S. 166..169.

³ Darüber Sell S. 77..88. Savigny S. 191. 192. Vgl. §. 66. A. 7. Anders jedoch entscheidet Julian, obwohl Sabinianer, bezüglich testamentarischer Freilassung in einem Fall der A. 2. d. L. 4. §. 1. D. de statulib. 40. 7. Savigny III. S. 195. not. d. S. 203. not. i.

⁴ L. 15. D. 28. 7. Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. L. 9. eod. veluti: *si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit;* L. 27. pr. ibid. *si reliquias eius in mare abiiciat;* L. 8. §. 1. D. 7. 8. *si a viro divortisset.* L. 123. D. 45. 1. Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet. L. un. in f. Cod. de his quae poen. nom. 6. 41. Quodsi aliquid facere vel legibus interdictum vel alias probrosum vel etiam impossibile iussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno etiam neglecto testatoris praecepto servabitur. cf. L. 7. §. 3. D. 2. 14. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. Arndts a. a. O. S. 173 (33) fg.

Savigny §. 122. Mit Wahrscheinlichkeit hat Savigny S. 194 fg. von diesem Falle die Entstehung der Sabinianischen Ansicht hergeleitet, die alsdann auch auf den Fall eigentlich unmöglicher Bedingungen übertragen worden sei. Einen andern Erklärungsgrund, den übrigens auch schon Savigny S. 200 fg., nur in secundärer Stellung, angedeutet hat, stellt Fitting voran, im civ. Arch. XXXIX. S. 322., von der Voraussetzung ausgehend, daß der Testator die Bedingung für möglich gehalten habe, obwohl sich ihm auch so „kaum eine ganz idonea ratio“ ergibt.

[5] Arndts S. 179 (37) fg. Savigny §. 123. [Wächter I. S. 374 fg.] Es gehören dahin namentlich folgende Fälle:

a) Bedingung letztwilliger Zuwendungen durch Ehelosigkeit der bedachten Person oder durch Heirath nach fremder Willkür, nach der lex Julia, L. 22. 28. pr. L. 72. §. 4. 5. L. 79. §. 4. D. h. t., jedoch mit einer Ausnahme L. 2. 3. Cod. de indicta viduitate. 6. 40. Nov. 22. cap. 43. 44.; nicht jede die Wahl beschränkende Bedingung, L. 62. §. 2. L. 63. pr. §. 1. L. 64. 71. §. 1. L. 79. §. 4. D. h. t.

b) Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichteingehung einer bestimmten Ehe, L. 71. §. 1. D. h. t. L. 134. pr. D. de V. O.

c) Nach Umständen auch Versprechen unter Bedingung einer bestimmten Heirath, L. 97. §. 2. D. de V. O.

d) Ehescheidung als Bedingung gesetzt? L. 2. Cod. de inutil. stip. 8. 38 (39). L. 8. §. 1. D. de usu. 7. 8. L. 5. Cod. de inst. et subst. 6. 25. vgl. not. h.

e) Beschränkung auf einen bestimmten Wohnsitz oder Aufenthalt als Bedingung letztwilliger Zuwendung. L. 71. §. 2. D. h. t.

f) Beschränkung der Freiheit letztwilliger Verfügung durch Versprechen einer Conventionalstrafe. L. 61. D. de V. O. Vgl. über captatorische Bedingung bei letztwilligen Verfügungen §. 68. A. 2.

g) Eidliche Zusicherung einer Leistung als Bedingung einer letztwilligen Zuwendung, conditio iurisiurandi. Hier wird der Eid erlassen, die Verfügung wird als unbedingte angesehen, die Leistung aber muß erfüllt werden als Modus (§. 74.). L. 8. D. de cond. inst. Vgl. Savigny S. 185..190. und (gleichzeitig) Huschke in Linde's Ztschr. XIV. 12. — Eine sehr streitige Frage, ob und wiefern die Bedingung der Religions-Aenderung oder Nichtänderung zulässig sei? Sie ist nicht schlechthin mit Nein zu beantworten. Arndts im Rtslex. III. S. 936. (civ. Schr. II. S. 94.) A. 172. Vgl. Vangerow §. 93. S. 138. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 725. A. 18. Unger II. S. 86 fg. A. 112..114. Dagegen Sell S. 142 fg. Mühlenbruch Bd. 41. S. 104..106. Savigny S. 184 fg. u. a.

[6] Ueber die Wirkung unmöglicher Bedingungen als Resolutivbedingungen vgl. Sell S. 102 fg. 133 fg. mit Arndts civ. Schr. I. S. 30. und Savigny S. 192 fg. „Es ist so gut, als ob der Vertrag ganz ohne Resolutivbedingung geschlossen wäre ... Ist von einer unsittlichen Bedingung die Rede, so können dieser die Parteien die Form einer resolutiven geben, lediglich, um die Anwendung der oben aufgestellten Regeln zu umgehen: dann muß in jedem einzelnen Falle dasjenige geschehen, was zur Aufrechthaltung des sittlichen Zwecks nothwendig ist.“ Es kommt hier überall auf die Tendenz der Verfügung in ihrem ganzen Zusammenhang an.

[7] Welche Wirkung hat die unmögliche Bedingung bei der Pollicitatio? Sell S. 102 fg. hält sie wie bei letztwilligen Verfügungen pro non adiecta, arg. L. 13. §. 1. D. de pollicitat. 50. 12. L. 2. §. 44. D. ad Sc. Tertull. 38. 17.; aber conditio heißt hier so viel als wie modus (§. 74.). Vangerow §. 93. A. 3. S. 135.

## §. 73.

### c) Zeitbestimmung[1].

Eine Zeitbestimmung (Befristung) bei einem Rechtsgeschäfte kann den Zweck haben, entweder den Anfang eines Verhältnisses, oder dessen Dauer, also das Ende zu bestimmen[a]; Anfangstermin, dies ex quo oder a quo, oder Endtermin, dies ad quem[2]. Der Zeitpunkt kann an sich genau bestimmt sein, entweder unmittelbar nach dem Kalender oder auch durch Festsetzung eines Zeitraums von einem Zeitpunkte an, der, bevor die Wirksamkeit der Verfügung eintreten kann, ohnehin bereits feststehen muß, z. B. bei einer letztwilligen Verfügung: „ein Jahr nach meinem Tode"[b]. Der Zeitpunkt kann aber auch mit Rücksicht auf einen künftigen Umstand bestimmt sein, von welchem vorerst ungewiß ist, ob oder wann, oder ob und zugleich wann er eintreten werde[c]. Im ersten Fall nennt man im Allgemeinen die Zeitbestimmung dies *certus* oder certa, im andern Fall dies incertus oder incerta, und zwar dies *incertus-an?-quando?-an et quando?*[3] Der sogenannte dies incertus an et quando enthält seinem Wesen nach immer, der sogenannte dies incertus an certus quando aber in der Regel neben der Zeitbestimmung zugleich eine Bedingung[4]; er macht die Entstehung, beziehungsweise das Ende des Verhältnisses selbst ungewiß[d]. Jedoch kann bei einer Zeitbestimmung, die ihrem Ausdruck nach als dies incertus an erscheint, die Meinung wohl auch die sein, daß schlechthin nur die Wirksamkeit der Verfügung auf den an sich gewissen Zeitpunkt verlegt sein solle, in welchem ein Umstand eintreten wird, wenn er überhaupt eintritt[e]. Der sogenannte dies incertus quando (certus an) enthält an sich nicht eine Bedingung[f], kann aber gleichfalls eine solche enthalten, insofern er in Verbindung mit einem ungewissen Umstande gedacht wird[g], und insofern kann selbst ein an sich genau bestimmter Zeitpunkt (dies certus im obigen Sinn) die Natur einer Bedingung annehmen. Bloße Zeitbestimmung ist also nur diejenige, welche keine Bedingung in sich enthält, und in einem andern Sinn wird denn[h] eine jede solche Zeitbestimmung dies certus, jede bedingende dies incertus genannt[5]. Die bloße Zeitbestimmung als solche aber unter=

[a] §. 2. 3. J. de V. O. 3. 15. L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 34. D. de hered. instit. 28. 5. [b] L. 14. 46. pr. 47. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. 36. 2. [c] L. 21. pr. 22. pr. D. l. c. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 16. §. 1. L. 17. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 12. §. 1. L. 77. §. 10. D. de legat. II. [d] L. 56. cf. L. 16..18. D. de cond. indeb. L. 21. pr. L. 22. pr. cit. L. 38. §. 16. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 45. §. 3. eod. [e] L. 5. Cod. quando dies. 6. 53. L. 48 (46). D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. L. 18. §. 2. D. de alim. leg. 34. 1. [f] L. 16. §. 1. L. 17. cit. L. 4. (§. 1.) D. quando dies. 36. 2. L. 79. pr. §. 1. D. de cond. et dem. [g] L. 75. 79. §. 1. L. 1. §. 2. D. ibid. [h] Gai. I. 186. II. 250. III. 124. Ulp. XXIV. 31. cf. L. 75. D. cit. L. 30. §. 4. D. de legat. I.

scheidet sich von der Bedingung dadurch, daß sie nicht, wie diese, das Verhältniß selbst, Entstehung oder Auflösung desselben, ungewiß macht, sondern als Anfangstermin nur den Anfang wirksamen Daseins[6] des jetzt schon vollkommen gewissen Rechtsverhältnisses hinausschiebt[i], als Endtermin das fernere Bestehen oder Geltendmachen desselben abschneidet[k]. Uebrigens kann nicht allen Rechtsgeschäften eine Zeitbestimmung der einen oder andern Art wirksam hinzugefügt werden[l].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny III. S. 204..226. Sintenis §. 21. S. 177..181. Unger §. 83. (Bd. II. S. 88..99.). Brinz 1. Aufl. §. 340..344. Windscheid 5. Aufl. §. 96. 96 a. „Befristung". [Karlowa Rechtsgeschäft S. 107 bis 115.]

[2] In Betreff der römischen Terminologie vgl. L. 44. §. 1. D. de O. et A. Vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem: ex die, veluti ***Kalendis Martiis dare spondes?*** ... ad diem autem: ***usque ad Kalendas dare spondes?*** §. 2. J. 3. 15. In diem ... stipulatio fit veluti: ***decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes?*** L. 34. D. de her. inst. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur.

[3] Wie ***dies a quo*** und ***ad quem***, so sind auch diese Bezeichnungen unrömisch, und auch die Ausdrücke ***dies certus*** und ***incertus*** bezeichnen in den Quellen nicht immer denselben Gegensatz. Vgl. not. b. c. h. und A. 5.

[4] Mit Recht ist es getadelt worden, daß man sage, eine solche Zeitbestimmung sei eine Bedingung, und übersehe, daß sie doch immer auch eine Zeitbestimmung in sich schließt. Fitting im civ. Arch. XXXIX. S. 331 fg. Unger §. 83. A. 8..13. Aber wenn andrerseits die Bedingung auch eine Zeitbestimmung enthält, so treffen beide doch zusammen (Fitting S. 333.) und ist es daher natürlich, daß in jener der Charakter der Bedingung vorzugsweise betont wird. Vgl. L. 22. pr. D. 36. 2. Si Titio, ***quum is annorum quatuordecim esset factus,*** legatum fuerit ... non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet: ***si effectus esset annorum quatuordecim*** ... Nec interest, utrum scribatur: ***si annorum quatuordecim factus erit,*** an ita; quum priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequente per tempus conditio; utrubique tamen ***eadem conditio*** est. L. 21. pr. eod. „tempus conditiove", d. h. „die Zeit oder vielmehr Bedingung". L. 49. §. 2. D. de legat. I. Hoc autem legatum (sc. nach §. 1. ***quum ad quartum decimum annum pervenisset, annua, bima, trima die***) et conditionale est et in diem; conditionale tamdiu, quamdiu quartus decimus annus sit completus; postea in diem (sc. ***annuam, bimam, trimam***). Andrerseits wird auch die conditio ein dies incertus genannt in L. 30. §. 4. D. de legat. I.

[5] Ueber den Sprachgebrauch vgl. Gai. I. 186. „sub conditione aut ex die certo"; II. 250. „vel sub conditione vel pure ... vel ex die certo"; Gai. III. 124. „quam ... certum est debitum iri, i. e. quae (sc. pecunia) sine ulla conditione deducitur in obligationem; itaque et ea pecunia, quam in diem certum dare stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri". — L. 1. §. 2. D. de cond. et dem. Dies autem incertus est, quum ita scribitur: ***heres meus cum morietur***

[i] §. 2. 4. J. l. c. L. 46. pr. D. de V. O. L. 21. pr. D. quando dies. L. 213. pr. D. de V. S. cf. L. 41. D. de V. O. [k] §. 3. J. l. c. L. 56. §. 4. D. de V. O. L. 2. Cod. de donat. sub modo. 8. 54 (55). [l] L. 77. D. de R. J. (§. 68.) L. 5. D. de acceptilat. 46. 4. L. 34. D. de hered. inst. 28. 5. §. 9. J. de hered. inst. 2. 14.

*decem dato;* nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit, . . . non cessit dies vivo eo, quamvis certum fuerit moriturum heredem. L. 75. D. ibid. Dies incertus conditionem in testamento facit. [Darüber s. Maassen Civ. Erörtgn. Nr. II. S. 24 fg.] L. 16. D. 12. 6. Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. §. 1. Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur. L. 17. eod. Nam si, quum moriar, dare promisero et antea solvam, repetere me non posse Celsus ait. L. 18. eod. Quodsi ea conditione debetur, quae omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest, licet sub alia conditione, quae an impleatur incertum est, si ante solvatur, repeti possit. (Mit Recht bemerkt Mommsen zu L. 17. cit.: „debuit collocari post l. 18".) L. 72. §. 5. D. 35. 1. *Maeviae, si non nupserit, fundum, quum morietur, lego:* potest dici, et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti (vgl. §. 72. A. 5. a.). Non idem probatur, si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus. (Fitting von der Rückziehung S. 107 fg. A. 153.) Vgl. Savigny §. 126. not. c. e. h.

6 Unrichtig oder wenigstens ungenau ist es, zu sagen, wie sich noch die 2. Auflage dieses Lehrb. ausdrückte, daß durch den Anfangstermin nur die Geltendmachung, nicht das Dasein des Rechtsverhältnisses hinausgeschoben werde. Vgl. Unger §. 83. A. 6. 7. Windscheid Pand. §. 96. A. 5. Sintenis I. §. 21. A. 14. Scheurl Nebenbest. S. 29 fg. [Römer im civ. Arch. LXII. S. 166 fg.] Einleuchtend ist dies, wenn das Eigenthum oder sonst ein dingliches Recht ex die verliehen ist. L. 1. §. 2. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 72. §. 5. D. de cond. et dem. 35. 1. (§. 560. not. b. §. 569. not. a.) Nur die Existenz einer wirksamen Verfügung ist sofort entschieden und dadurch schon eine ante diem gesicherte Aussicht auf das künftige Recht begründet; aber die Wirksamkeit der Verfügung und das Dasein des durch diese gewährten Rechts beginnt erst die existente. Bei obligatorischen Rechtsgeschäften kann man allerdings sagen, die Obligatio, das Gebundensein des Versprechenden, sei sogleich entschieden; aber eine Forderung als gegenwärtiges Recht hat der Gläubiger vorerst noch nicht. Erst die existente konnte geklagt werden: *dari fieri oportere.* L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1. Daher die verschiedene Ausdrucksweise: a) L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. „Ex die incipit obligatio". L. 41. §. 1. D. de V. O. 45. 1. „Dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur". Cf. L. 14. D. de R. J. b) §. 2. J. de V. O. 3. 15. „Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti, priusquam dies veniat, non potest". L. 46. pr. D. eod. „praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio". Cf. L. 10. D. de cond. indeb. 12. 6. In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. — Uebrigens vgl. L. 213. pr. D. de V. S. *Cedere* diem significat incipere deberi pecuniam; *venire* diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit neque venit dies pendente adhuc conditione. [Karlowa a. a. O.]

## §. 74.

### d) [Causa. — e)] Modus.

[I. Die meisten Vermögensrechts-Geschäfte haben eine Doppelnatur: es wird a) im Vermögens-Bestande eine Aenderung vorgenommen, z. B.

eine Forderung oder Sacheigenthum übertragen, eine Schuld oder Dienstbarkeit erlassen u. dgl. m.; b) es geschieht dieses in einer rechtlich bedeutsamen Absicht (animus) zu einem (das Geschäft rechtlich charakterisirenden) bestimmten Zweck (causa), z. B. um zu zahlen[a], sich zu vergleichen[b], zu schenken[c], ein Heirathsgut[d] oder ein Darlehen[e] zu geben u. s. w. So wenig es eine Schenkung (Dosbestellung, Zahlung ...) geben kann, welche nicht zugleich Zuwendung von Eigenthum, iura in re, Forderungen, oder Liberirung oder sonst etwas Aehnliches wäre, so wenig kann es ein Geschäft der letzteren Art geben, das nichts wäre, als dieses; immer wird darin eine Schenkung, Dosbestellung, Zahlung, ein Tausch, Vergleich oder etwas Derartiges enthalten sein. Nicht so, als ob das Leben hier die Geschäfte combiniren würde, sondern die Wissenschaft zerlegt die wirklichen Geschäfte in ihre Bestandtheile. Die Theorie prüft die im Leben vorkommenden Geschäfte bald auf die eine, bald auf die andere Frage, und macht dem entsprechend ihre Abstractionen. Der Zweck (causa obj., animus subj. gesprochen) ist eines jener Elemente; man kann die darnach benannten Rechtshandlungen (Schenkung, Zahlung, Dos, Vergleich ....) als Causal-Geschäfte bezeichnen*. Eine „Nebenbestimmung" darf man diese causa nicht nennen, da sie vielmehr die Hauptbestimmung des wirklichen Rechtsgeschäftes ist [1]. Die Ungültigkeit (bezw. Unwirklichkeit, Vereitelung) des Causalgeschäftes hat in der Regel [2] Ungültigkeit der effectiven Seite des Rechtsgeschäftes (der Eigenthums-Uebertragung, Cession, Servitut-Einräumung ...) nicht zur Folge; das Geschäft (in toto) hat also Effect, der Bestand der Vermögensrechte ist dadurch geändert[f]; aber dieser Erfolg erscheint als ein grundloser (weil die obj. causa nicht vorhanden ist [3]), die Aenderung mithin als eine ungerechtfertigte[g]. Die Ausgleichung dieses Widerspruchs wird durch persönliche Ansprüche (Condictionen[h]) bewirkt [4]. Eine solche ist selbst dort nicht ausgeschlossen, wo die causa absichtlich verschwiegen ist, wie bei obligatorischen Versprechen[i] und liberirenden Acten[k] nicht selten geschieht [5].

II. Von causa sprechen die Römer aber auch dort, wo Willensbestandtheile einander nicht so innig durchdringen, wie in den obigen Fällen, sondern in ähnlicher Art mit einander verbunden sind, wie

[a] L. 4. D. de Publ. a. 6. 2. L. 46. 48. D. de usurp. 41. 3. Gaius III. 91. 174. [b] L. 8. Cod. de usucap. pro empt. 7. 26. L. 11. Cod. de n. num. p. 4. 30. [c] L. 1. pr. D. de donat. 39. 5. Dig. pro donato 41. 6. L. 36. D. de acq. r. dom. 41. 1. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. [d] L. 3. D. de Publ. a. 6. 2. Dig. pro dote. 41. 9. [e] L. 18. cit. [f] L. 6. Cod. si quis alt. 4. 50. L. 15. D. de cond. indeb. 12. 6. [g] L. 54. 66. D. l. c. L. 1. §. 3. D. 12. 7. [h] Dig. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. de cond. ob turp. c. 12. 5. de cond. ind. 12. 6. de cond. sine causa. 12. 7. (§. 340 fg.) [i] L. 3. D. l. c. 12. 7. [k] L. 4. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

Bedingung und Bedingtes. Dieses ist der Fall, wo ein Versprechen oder eine Leistung nur unter der Voraussetzung** eines gegenwärtigen oder künftigen Ereignisses gewollt ist, etwa einer Leistung des Empfängers[1]. Ist diese eine eigentliche Gegenleistung, so liegt ein wechselseitiger Vertrag vor, der nur aus einem historischen Grunde — der eigenthümlichen, im späteren Rechte nachwirkenden Behandlung der Innominat-Contracte[m] im älteren Recht — hier überhaupt erwähnt wird[6]; vom Standpunkt des heutigen gemeinen Rechts aus betrachtet, gehört er in der Regel nicht her. Die Handlung des Andern muß aber keine Gegenleistung sein; z. B. ist das Heirathen keine Gegenleistung für die Dos[n]. Einige dieser Handlungen fallen unter den Gesichtspunkt des modus (s. Nr. III). Auch Ereignisse im engeren Sinne können Inhalt einer Voraussetzung sein (z. B. mort. c. don. §. 589[o]), überhaupt alles, was auch Inhalt einer Bedingung sein kann. „Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung"[7]; in den Quellen wird sie nicht selten condicio genannt[8]. Sie kann erschlossen werden, oder ausgedrückt sein[9], und im letzteren Falle können Zweifel entstehen, ob nicht vielleicht eine Bedingung vorliege; darüber entscheidet die Willens-Auslegung, für welche die Wortfassung der Willens-Aussage ein sehr wichtiger, aber nicht der allein entscheidende Umstand ist[10]. Bei der Suspensiv-Bedingung ist die Vermögens-Aenderung vor der Erfüllung derselben nicht vollzogen, bei der Voraussetzung findet kein Aufschub statt[11]. Darin ist die Voraussetzung der Resolutiv-Bedingung verwandt: beim Ermangeln jener, wie beim Eintritte dieser erfolgt eine Reaction gegen den Erfolg des Geschäftes, nur in verschiedener Weise[12]. Ist die Voraussetzung von Anfang an unmöglich oder unerlaubt, so wird sie bei letztwilligen Verfügungen analog den Bedingungen behandelt; nachträgliche Unmöglichkeit (Vereitelung) wird hier in vielen Fällen nachgesehen[13], nicht auch bei Geschäften unter Lebenden; über unerlaubte Voraussetzungen bei diesen s. §. 343.

III. Unter den Voraussetzungen (causa, condicio, modus im weiteren Sinne[14]) verdient eine, der Modus[p] im engeren technischen Sinne***, ausgezeichnet, ja in dem Sinne ausgesondert zu werden, daß man unter „Voraussetzung" im engeren technischen Sinne die übrigen Fälle versteht[15].] Bei Schenkungen und letztwilligen Verfügungen kommt [nämlich] eine eigenthümliche Art von Nebenbestimmung vor,

[l] L. 52. D. de cond. indeb. 12. 6. Dig. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. [m] L. 3. §. 2. 3. D. l. c. L. 5. §. 1. D. de praescr. v. 19. 5. [n] L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. [o] L. 38. §. 3. cit. [p] Cod. de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur. 6. 45. Cod. de donationibus, quae sub modo vel conditione vel ex certo tempore conficiuntur. 8. 54 (55). Dig. de conditionibus .. et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 35. 1.

welche dem Empfänger eines Vortheils auferlegt, das Empfangene (oder dessen Geldwerth) ganz oder zum Theil zu einem bestimmten Zweck zu verwenden[q] oder sonst etwas dafür zu leisten[r], welche somit die Gabe in dem Maße ihres Vermögensbetrages durch die darauf gelegte Last beschränkt[16]. Durch den Modus wird der Erwerb der Gabe nicht bedingt[s], aber durch die Annahme des sub modo Gegebenen der Empfänger zur Erfüllung der Auflage verpflichtet[t], sofern ihm diese nicht etwa Unmögliches, Rechtswidriges oder Unsittliches zumuthet[u]. Er kann zur Erfüllung oder auch zur Cautionsstellung wegen künftiger Erfüllung[v] angehalten werden, nach Verschiedenheit der Umstände, durch den Geber selbst oder dessen Erben[w], oder durch einen Dritten, dessen Vortheil die Auflage bezweckt[x], oder auch von Amts wegen durch die Obrigkeit[y]. Der Modus ist einerseits von der Bedingung zu unterscheiden[z], als welche das Dasein des Rechtsgeschäfts von Anfang an ungewiß macht[17], andrerseits von einer bloßen Empfehlung, als welcher eine rechtliche Wirkung überhaupt gar nicht zukommt[aa].

[Von anderen Voraussetzungen unterscheidet sich der Modus dadurch, daß er immer auf Zukünftiges geht und obligirend wirkt; von Gegenleistungen, weil er auf Begünstigungen gelegt ist, die jene begrifflich ausschließen[18]. Er tritt als etwas Fremdartiges zu jenen hinzu[19], und ist die Verbindung lockerer, als bei dies und condicio, welche als Bestandtheile in der Hauptverfügung enthalten sind[20].]

[* Vgl. Fitting im civil. Archiv LII. S. 389 fg. Nr. 57..59. Hofmann Titulus und Modus §. 6. S. 80 fg. Brinz Pand. 1. Aufl. §. 349. S. 1540 fg. Windscheid I. §. 98. Z. 1. Lotmar über causa im röm. R. Beitrag z. L. v. d. Rechtsgeschäften. 1875. Karlowa Rechtsgeschäft §. 28. S. 161 fg.

Anm. [1] Daß die Herausgeber gleichwohl in diesem Zusammenhang davon sprechen, erklärt sich aus dem Zwange, den das Vorgefundene ihnen auferlegt. Der modus kann nicht gut von der Voraussetzung getrennt werden, diese nicht vom Causalgeschäft. Gäbe es in unseren Lehr- und Handbüchern ein Capitel von den Causalgeschäften, so fände darin die Schenkung ihre richtige Stellung, und würde aus ihrer bisherigen unsystematischen Vereinsamung (§. 80 fg.) befreit. S. einerseits Meyerfeld Schenkung I. S. 89 fg., andrerseits Savigny IV. S. 17 fg., dem wir nicht beistimmen; allerdings

[q] L. 17. §. 4. D. h. t. [r] L. 92. D. h. t. L. 17. §. 1. D. de test. man. 40. 4. [s] L. 80. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de test. man. 40. 4. [t] L. 9. Cod. de donat. 8. 53 (54). [u] L. 37. D. h. t. L. 8. §. 6. 7. D. de cond. inst. 28. 7. L. 7. in f. D. de annuis leg. 33. 1. L. 16. D. de usu leg. 33. 2. L. 113. §. 5. D. de legat. I. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. L. 8. Cod. de cond. ob caus. dat. 4. 6. cf. L. 6 (4). D. de adm. rer. civ. 50. 8. [v] L. 40. §. 5. L. 71. pr. §. 1. 2. L. 80. D. h. t. L. 19. D. de legat. III. cf. L. 1. Cod. h. t. 6. 45. [w] L. 7. D. cit. L. 1. 2. Cod. h. t. 8. 54 (55). L. 9. Cod. de donat. 8. 53 (54). [x] L. 3. Cod. l. c. L. 2. §. 1. Cod. h. t. 6. 45. [y] L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 7. D. cit. L. 92. D. h. t. [z] L. 2. §. 1. (L. 2.) Cod. h. t. 6. 45. cf. L. 41. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [aa] L. 71. pr. D. h. t. L. 13. §. 2. D. de don. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 2. §. 7. L. 3. D. de donat. 39. 5.

stehen der Bildung jenes Capitels ernste Bedenken und Schwierigkeiten im Wege. Vgl. auch Windscheid II. §. 366. A. 18.; und hier unten §. 80. Anm. 5.; ferner Baron §. 67 fg.

2 Auch bei der Tradition nicht, s. Exner Tradition S. 317 fg.; über die Ausnahmen s. ebd. S. 331 fg. Hofmann §§. 9. 10.

3 Sei es wegen mangelnden Consenses, oder wegen eines anderen rechtlichen oder factischen Hindernisses; die solutio eines indebitum ist nicht ungültig (fehlerhaft), sondern unwirklich, factisch nicht vorhanden. Daher die obigen Ausdrücke (vor Anm. 2.).

4 S. unten §. 340 fg. — An sich denkbar wäre auch eine ganz andere Behandlung solcher Fälle. Man könnte sagen: „A. wollte nicht überhaupt, sondern schenkungs- (zahlungs- . . .) halber tradiren; mithin ist bei ungültiger causa nichts gewollt und nichts geschehen." Oder aber: „A. hat doch jedenfalls das Eigenthum mit seinem Willen übertragen; ihm ist nicht zu helfen." Jenes (obgleich psychologisch richtig) wäre gefährlich für den Rechtsverkehr, hart gegen Dritte, dieses ungerecht gegen den Tradenten. Das römische Recht wird allen Theilen gerecht, indem es dem Rechtsgeschäft nicht allen Effect versagt, andrerseits aber eine indirecte Ausgleichung unter den Parteien durch persönliche Ansprüche bewirkt.

5 Manche sprechen da von „abstracten", Andere von „Formal-Verträgen". S. unten §. 283. Anm. 8. — Vgl. Windscheid II. §§. 318. 319. Exner Publicitätsprincip (1870.) S. 96 fg. Vgl. etwa auch Art. 83. Wechs.-O. und dazu Thöl Handelsrecht II. Bd. (Wechselrecht) 4. Aufl. §. 102. 197.

** Der Ausdruck ist als technischer von Windscheid in die Wissenschaft eingeführt worden, in seiner Schrift: Die Lehre des röm. R. von der Voraussetzung (1850). Sonst ist zu diesem Abs. II. zu vergl. Windscheid Pand. I. §. 97 fg. Im Uebrigen gehört in gewissem Sinne die Literatur über die Bereicherungs-Klagen hieher, namentlich das Werk von Erxleben (s. §. 340. A. 1., §. 341. A. 1., §. 342. A. 1.).

6 Diese Fälle vermitteln den Uebergang zwischen den unter I. und II. behandelten Fragen. — Dem Contractbruch eines Theiles gegenüber kann die Rechtsordnung dem anderen die Befugniß geben, vom Vertrage zurückzutreten, also nicht zu leisten, bez. das Geleistete zu condiciren. Sie kann ihm aber auch bloß die Klage auf Erfüllung geben (und dieses ist im röm. R. die Regel); oder auch ihm die Wahl zwischen Rücktritt und Klage auf Erfüllung lassen; so das spätere röm. R. bei den Innominat-Contracten, während das ältere nur eine condictio zum Schutze des Vorleistenden gab. S. unten §§. 234. 235. 342. Anm. 2. lit. c. Vgl. Windscheid II. §. 321. Z. 2. — Uebrigens sind auch noch andere Normirungen denkbar; s. z. B. Hand.-G.B. Art. 354 fg.

7 Und „gehört zu den Selbstbeschränkungen des Willens". Diese Gedanken stellt Windscheid an den Eingang seiner verdienstlichen Schrift (s. A. **), die vielfache Zustimmung, aber auch lebhaften Widerspruch, gefunden hat. Daher auch in den früheren Auflagen dieses Lehrbuches. Die Anm. 2. des §. 74. lautet darin so: ‚Windscheid Pand. I. §. 97..100. entwickelt die Grundsätze von der Voraussetzung, die er eine unentwickelte Bedingung nennt, unter der Rubrik: „Selbstbeschränkungen der Wirkung der Rechtsgeschäfte". Vgl. auch Rudorff zu Puchta §. 63. Unger Erbr. §. 18. A. 1. Dagegen Böcking Inst. §. 110. not. a. „Windscheid will an die Stelle des modus die Voraussetzung setzen. Seine eigene Darstellung aber zeigt, wie verschieden in Begriff und Wirkungen die manchfaltigen Willensbestimmungen seien, die wir als Voraussetzung bezeichnen und wofür weder unsre Rechtsquellen noch die lateinische Sprache

überhaupt einen entsprechenden Ausdruck hat." Vgl. auch Voigt über die condictiones ob causam S. 515 fg. Förster I. §. 38. A. 2. [Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. I. 1878. S. 19 fg. Wächter Pand. I. S. 403. 440. Baron §. 60. a. E. Leonhard Irrthum S. 243 fg. Note 2, S. 268. Note 3.] — Unter den Begriff von Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte ist die Voraussetzung in ihrer manchfaltigen Art und Bedeutung jedenfalls nicht zu stellen.' — U. E. ist die „Voraussetzung" ein lebensfähiger und fruchtbarer, aber noch nicht genügend scharf abgegrenzter Begriff. Windscheid hat ihn so weit gefaßt, daß Böcking's Tadel nicht grundlos ist; vielleicht wird die von uns gemachte Scheidung die Verständigung erleichtern. Durch Aussonderung einerseits der causa im techn. S. (Abs. I.), andrerseits des modus im techn. S. (Abs. III.) würde die Bezeichnung „Voraussetzung" auf ein sehr viel kleineres Gebiet eingeschränkt, gerade auf jene Fälle, welche mit Bedingungen die meiste Aehnlichkeit haben. Vgl. auch Brinz 1. Aufl. §. 346 fg. (S. 1532 fg.) — Was aber die „Selbstbeschränkung des Willens" betrifft, so ist diese Bezeichnung cum grano salis zu verstehen. W. meint damit, daß in Ermangelung der Voraussetzung das Fortbestehen der allerdings gewollten rechtlichen Wirkung „dem wahren, dem eigentlichen Willen des Urhebers der Willenserklärung nicht entspricht". Dieses „gewollt, und doch nicht gewollt", diese Unterscheidung zwischen „Willen" und „eigentlichem Willen" hat sich die Kritik nicht entgehen lassen. U. E. ist die Wirkung gewollt; aber nicht gewollt ist, daß sie für alle Fälle bestehen bleibe; hierin liegt die Verwandtschaft einerseits mit der in Abs. I. behandelten causa (vgl. Anm. 4), andrerseits mit der auflösenden Bedingung (vgl. Anm. 12.).

[8] Windscheid §. 4. und Pand. §. 97. A. 2.

[9] S. darüber Windscheid (5. Aufl.) Pand. §. 98., namentlich auch über den Unterschied, der hier zwischen Willenserklärungen unter Lebenden und solchen von Todeswegen obwaltet. — Unerkennbare (bezw. unerweisliche) Voraussetzungen sind selbstverständlich ohne rechtliche Bedeutung. Windscheid Pand. (u. zwar 4. Aufl.) II. §. 423. A. 8.

[10] Vgl. Windscheid Voraussetzung §. 9. Nr. 86 fg.

[11] Lehrreich ist in dieser Beziehung die Bestellung der Dos vor der Ehe; s. unten §. 399., und Windscheid a. a. O. Nr. 91..93.

[12] Zwei Fragen sind zu unterscheiden: woran erkennt man, ob diese oder jene „Nebenbestimmung" gewollt sei? und dann: worin liegt der praktische Unterschied dieser und jener? Es scheint logisch, erst zu wissen, ob x oder y da sei, und dann erst nach der Wirkung zu fragen. Gleichwohl steht praktisch die zweite Frage im Vordergrunde, weil die zur Beantwortung der erstern nöthige Willens-Interpretation (welche Wirkung dem Willen gemäßer sei) vor der Beantwortung jener unausführbar ist. Für die Anhänger der stärkeren (dinglichen) Wirkung der Resolutiv-Bedingung (s. §. 71. Z. 2.) ist der Unterschied ein klarer, für die Anhänger der schwächeren (obligatorischen) (s. Windscheid Pand. §. 91. vor und in A. 3.) fließen Resolutiv-B. und Voraussetzung hier zusammen. Vgl. Windscheid Voraussetzung Nr. 94. (S. 148 fg.)

[13] Windscheid Pand. §. 100. — Ueber Dosbestellung bei unmöglicher und unerlaubter Ehe s. Czyhlarz Dotalrecht §. 22.]

[14] Modus kommt in weiterer Bedeutung vor, z. B. in L. 44. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. L. 72. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93 (92). D. de her. inst. 28. 5.; dagegen auch conditio gleichbedeutend mit modus, insbesondere in der Formel: *sub conditione ut faciat* etc. = *ea lege ut* etc.; verschieden von *sub ea conditione, si*: L. 8. §. 7. D.

de cond. inst. 28. 7. L. 71. §. 1. L. 80. D. h. t. L. 44. D. de man. test. 40. 4. L. 2. §. 7. D. de donat. 39. 5. L. 1. 2. 5. Cod. h. t. 8. 54 (55). [Windscheid Voraussetzung S. 41 fg.

*** Literatur: Glück IV. S. 460 fg., Pfeiffer prakt. Ausführgn. I. S. 24 fg., Savigny III. §. 128 fg., IV. §. 175., Windscheid Voraussetzung (passim, bes. Nr. 50. 54. 68. 79. 104..107.) Erxleben Condictiones II. §. 14. S. 212 fg. Brinz 1. Aufl. §. 347., Unger II. §. 84., Scheurl Beiträge II. Bd. 2. Heft. S. 245 fg., Baron §. 60. Vgl. hier unten §. 495. Anm. 4. und Anm. 5.

15 Durch die Besonderheiten der Fälle, in denen man von modus spricht, ist dies wohl gerechtfertigt (s. im Texte den letzten Absatz; vgl. Baron §. 60. a. E.), während es aus Gründen, die in Anm. 7. angedeutet wurden, als wünschenswerth erscheint. Windscheid bestreitet nicht den modus, läßt aber seine Eigenthümlichkeiten nicht genügend hervortreten, indem er die „allgemeine Kategorie der Voraussetzung" in den Vordergrund stellt; er löst, so zu sagen, jenen Begriff in diesen auf. Ganz ablehnend gegen den Modus verhält sich Hartmann in §. 6. (S. 42 fg.) seiner in §. 541. Anm. 1. cit. Schrift.]

16 Nicht genau entsprechend sind die Ausdrücke: „Zweckbestimmung", oder „Verwendungsbestimmung". [Der modus ist „möglicherweise weder dies, noch jenes; Auflage, obligatorisches Nebengeschäft ist er überall . . .; und eben in der obligirenden Wirkung, nicht erst in der Minderung des Geldwerths . . . liegt die Beschränkung". Brinz 1. Aufl. S. 1534.] — Eine engere Bedeutung gibt übrigens dem Begriff des Modus Böcking Inst. §. 115., indem er denselben mit Hugo R. Rtsgesch. (11. Aufl.) S. 539. nur bei Schenkungen und Vermächtnissen als eigenthümliche Art der Nebenbestimmung anerkennt, und zwar mit Rücksicht darauf, daß diesen gesetzlich ein gewisses Maß [modus in diesem S.] vorgezeichnet ist, dessen Ueberschreitung durch die denselben auferlegte Last ausgeschlossen sein könne. [Dawider Scheurl S. 248 fg.]

17 „Die Bedingung suspendirt, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendirt aber nicht." Savigny III. S. 231. [Ebenso Glück IV. S. 463.] Im einzelnen Fall kann es zweifelhaft sein, ob ein Modus oder eine Bedingung beabsichtigt sei. In solchem Fall nach L. 9. D. de R. J. (§. 75. not. i.) im Zweifel für den Modus als die geringere Beschränkung sich zu entscheiden (Savigny S. 232. Unger §. 84. a. E.), scheint mir nicht gegründet. [Indeß ist dieses seit lange die herrschende Ansicht; Glück IV. S. 463 fg. N. 99 a. E., Pfeiffer S. 30., Scheurl S. 257. (§. 74.)]

[18 Geschichtlich hängt der modus allerdings einerseits mit der Gegenleistung (Brinz S. 1535), andrerseits mit dem Vermächtniß zusammen (Pfaff u. Hofmann Excurse II. S. 326..330.); die gemeinsame Wurzel ist das „*legem* dicere rei suae" (cf. „ea lege, ut", „legatum"). Sobald ein modus direct klagbar wird, geht er in einem anderen Begriff auf. Brinz a. a. O.

19 „Das Hauptgeschäft ist an sich nicht obligatorisch, sondern bloß gebend, zuwendend, liberirend, bereichernd." Brinz S. 1534.

20 Der modus ist „keine bloße Näherbestimmung mehr, sondern selbst Geschäft neben dem Hauptgeschäft, mithin Nebengeschäft". Brinz S. 1533 a. E. — Hinsichtlich der Innigkeit der Verbindung mit dem Geschäfte, das sie näher charakterisiren, stellen causa, Voraussetzung, Modus (jedes dieser Worte im engern Sinne verstanden) eine absteigende Reihe dar.]

## §. 75.

### 4) Auslegung der Rechtsgeschäfte.

Die Willenserklärung kann noch Zweifeln Raum lassen über den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Hier kommt es darauf an, die wahre Willensmeinung der handelnden Personen herauszufinden[a], wie bei Auslegung von Gesetzen die Absicht des Gesetzgebers. Auch hier ist eine authentische Auslegung möglich[b], die jedoch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften natürlich nicht schlechthin von einem allein ausgehen[c], und nicht willkürlich etwas in der That gar nicht Erklärtes als Inhalt eines Rechtsgeschäfts ausgeben kann[d]. Außerdem sind auch hier, wie bei der Gesetzauslegung, die Worte, welche den Willen ausdrücken sollen, zunächst grammatisch zu erklären[e], mit Berücksichtigung sowohl des besondern als des gemeinen Sprachgebrauchs[f]. Bleibt darnach etwas zweifelhaft, so ist der Sinn anzunehmen, nach welchem das Rechtsgeschäft bestehen kann[g], oder welcher seiner Natur am besten entspricht[h]. Sodann ist im Zweifel die mildere Erklärung vorzuziehen[i], daher insbesondere bei einseitigen Verpflichtungen diejenige, wonach der sich Verpflichtende am wenigsten beschwert wird[k]. Bei gegenseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften ist im Zweifel zum Nachtheil dessen zu entscheiden, der als Hauptperson dabei thätig war, welchem die genauere und deutlichere Fassung obgelegen hätte[l]. Uebrigens gibt es manche begünstigte Verhältnisse (causae favorabiles), zu deren Gunsten im Zweifel interpretirt werden soll, wie die Freiheit[m], die Dos, soviel die Ansprüche der Frau betrifft[n], und letztwillige Zuwendungen[o].

Gegen mögliche nachtheilige Auslegung von Rechtsgeschäften, sowie überhaupt gegen mögliche Folgen von Handlungen kann man sich zu schützen suchen durch Protestation und Reservation, Verwahrungen und Vorbehalte, wodurch aber keine von dem Willen des Handelnden unabhängige Folge abgewendet, noch auch das erworbene Recht eines Andern geschmälert werden kann[p].

[a] L. 219. D. de V. S. L. 7. §. 2. D. de supell. leg. 33. 10. L. 3. Cod. de lib. praet. 6. 28. [b] L. 21. §. 1. D. qui test. fac. 28. 1. L. 96. D. de R. J. [c] L. 12. D. de transact. 2. 15. L. 83. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 21. §. 1. cit. L. 9. D. de hered. inst. 28. 5. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. [e] L. 25. §. 1. L. 69. pr. D. de legat. III. [f] L. 34. D. de R. J. L. 7. §. 2. cit. L. 65. §. 7. L. 69. §. 1. D. de legat. III. L. 18. §. 3. D. de instr. leg. 33. 7. [g] L. 12 (13). D. de reb. dub. 34. 5. L. 80. D. de V. O. 45. 1. [h] L. 67. D. de R. J. [i] L. 9. 56. 90. 168. 192. §. 1. D. de R. J. [k] L. 34. i. f. D. de R. J. L. 38. §. 18. D. de V. O. 45. 1. [l] L. 39. D. de pact. 2. 14. L. 21. 33. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 172. pr. D. de R. J. cf. L. 99. pr. D. de V. O. 45. 1. [m] L. 179. D. de R. J. [n] L. 85. pr. eod. [o] L. 12. eod. [p] L. 33 (34). D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 11. §. 2. D. de instit. act. 14. 3.

[Anm. Vgl. Wächter Pand. §. 81. 82. Insbes. über Auslegung von Vertragserklärungen: Leonhard Irrthum S. 172 fg., dazu aber Lotmar krit. Vjschr. XXV. S. 409 fg.]

### 5) Wirkung der Rechtsgeschäfte, insbesondere in Beziehung auf dritte Personen[1].

### §. 76.

Die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich durch dessen allgemeine Natur und besondern Inhalt. Insofern durch dasselbe Rechte oder Verpflichtungen begründet werden sollen, bezieht sich seine Wirkung zunächst auf die handelnden Personen selbst. Aber es kann das Rechtsgeschäft auch, von dem einen vorgenommen, jene Wirkung für einen andern haben, theils gemäß der Absicht des ersten, für diesen, als dessen Stellvertreter[2], die juristische Handlung vorzunehmen und die dadurch erzielte rechtliche Wirkung hervorzubringen, theils auch ohne solche Absicht kraft rechtlicher Nothwendigkeit, und zwar bald so, daß die Wirkung unmittelbar für den Andern eintritt, als ob er selbst gehandelt hätte, bald nur so, daß dieselbe als zunächst für die handelnde Person begründete mittelbar auf ihn übertragen wird[3]. Ob und wie dieses stattfinde, ist nach der Natur der verschiedenen Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen. Im Allgemeinen ist nur zu bemerken: 1) Nach altem Rechtssatz fand vermögensrechtlicher Erwerb durch die der Gewalt unterworfenen Personen (Sklaven und Hauskinder) kraft rechtlicher Nothwendigkeit und mit unmittelbarer Wirkung für die Gewalthaber statt[a], und wenn auch dieser Rechtssatz in Ansehung der Hauskinder später sehr beschränkt worden ist, so blieb doch im neuesten Rechte die Regel anerkannt[b], daß durch dieselben, indem sie als Stellvertreter für den Vater handeln, diesem unmittelbar erworben werden könne; 2) in vermögensrechtlichen Geschäften, sofern sie Recht[c] oder Verpflichtung[d] begründen, ist nach neuerem und zumal nach heutigem Recht auch sonst eine Stellvertretung in Rechtsgeschäften mit unmittelbarer oder wenigstens mittelbarer Wirkung für denjenigen, an dessen Statt (als dessen Repräsentant) der Stellvertreter handelt, in so ausgedehntem Umfange zugelassen, daß deren rechtliche Möglichkeit als das Regelmäßige bezeichnet werden kann[4].

[a] Inst. per quas personas nobis acquiritur. 2. 9. per quas pers. nob. obl. acquir. 3. 28. cf. Gai. II. 86..96. III. 163..167. [b] L. 38. §. 17. L. 45. pr. D. de V. O. 45. 1. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. §. 1. J. h. t. 2. 9. [c] §. 5. J. h. t. 2. 9. Gai. II. 95. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 13. 20. §. 2. D. ibid. L. 1. Cod. per quas person. nob. acquir. 4. 27. L. 6. 9. Cod. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine emerit. 4. 50. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. L. 73. §. 4. D. de R. J. [d] Inst. quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicatur. 4. 7. cf. L. 5. §. 3. (L. 6. §. 1.) D. de negot. gest. 3. 5. L. 19. pr. 20. D. de instit. act. 14. 3.

Anm. 1 Nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch andere juristische Thatsachen äußern mannichfache Wirkungen auf Rechtsverhältnisse anderer Personen als derjenigen, welche sie zunächst betreffen. Darüber gibt eine lehrreiche Erörterung Ihering in d. dogm. Jahrb. X. 5. S. 245..354. „Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen." [Ueber Verträge zu Gunsten Dritter s. §. 233. A. 1.; §. 246. A. 3.]

2 Ueber den Begriff der Stellvertretung vgl. Brinz krit. Blätter Nr. 2. S. 4. „Stellvertretung ist Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach." Scheurl in d. krit. Ueberschau I. S. 320. „Vornahme einer juristischen Handlung, welche an sich einem Andern zukommt, mit der Absicht, die derselben eigenthümlichen rechtlichen Wirkungen für den Andern so hervorzubringen, als ob dieser selbst Urheber der Handlung wäre." Ihering in d. dogmat. Jahrb. I. S. 274. „Abschluß des Geschäfts anstatt und im Namen des Principals." Unger II. §. 90. S. 133. „Die Vornahme einer juristischen Handlung anstatt eines Andern, in der Absicht und mit der Wirkung, daß diese Handlung als die Handlung der vertretenen Person gilt." Die beiden letzten Schriftsteller, mit denen auch Scheurl in den dogmat. Jahrb. II. S. 19 fg. übereinstimmt, nehmen in den Begriff der Stellvertretung als wesentliches Merkmal auf, „daß das durch den Stellvertreter abgeschlossene Geschäft auf den Namen des Principals gestellt wird, die Richtung desselben auf den Principal hier also ein objectives, äußerlich hervortretendes Moment des Geschäfts selbst bildet." (Ihering S. 312). [Dagegen Schloßmann (A. 4.) S. 28 fg.] Von dem Stellvertreter unterscheiden sie denjenigen, welcher zwar anstatt des Principals, aber ohne Abschluß des Geschäfts auf dessen Namen, handelt, als Ersatzmann (Ihering) [so contrahirt auch ein „Comité" — Ihering in d. dogm. Jahrb. XVIII. S. 28.] oder Zwischenperson (Scheurl, Unger), während Siegel (nach Ihering S. 350.) dafür den Ausdruck „stiller Stellvertreter" vorgeschlagen hat. Diese letzte Bezeichnung scheint mir die passendste; denn wenn auch die Eigenschaft des Stellvertreters nach einer Seite hin nicht geltend gemacht werden kann, weil sie nicht kund gegeben worden, so kann sie doch in Beziehung auf denjenigen, an dessen Statt wirklich die Handlung vorgenommen wurde, sich wirksam erweisen; die beiden ersten Ausdrücke aber sprechen so wenig wie „Mittelsperson" einen Gegensatz von „Stellvertreter" aus. Ihering a. a. O. II. S. 75. Unger §. 90. A. 23. Sowohl gegen den „stillen Stellvertreter" als den „Ersatzmann" erklärt sich Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XX. S. 32 fg., gegen den ersten ohne zutreffenden Grund. — Von der Stellvertretung in Abschließung eines Rechtsgeschäfts verschieden ist übrigens der Fall a) wenn Jemand nur factisch, als Gehülfe, bei dem Rechtsgeschäft eines Andern mitwirkt, insbesondere nur als Werkzeug der Willenserklärung eines Andern dient (der Bote, nuntius); er könnte höchstens ein Stellvertreter in Ansehung der Willenserklärung, nicht in Ansehung der Vornahme des Geschäfts, genannt werden; doch kann sich damit wohl noch eine Stellvertretung in anderer Beziehung verbinden, z. B. in Beziehung auf Entgegennahme der entsprechenden Willenserklärung des andern Contrahenten, ohne alle Willensmitwirkung; b) wenn Jemand zwar juristisch bei dem Rechtsgeschäft des Andern mitwirkt, aber nur neben diesem, dem eigentlichen Subject desselben, als Theilnehmer (vgl. §. 64. Nr. 1. u. A. 4.). Diese Unterschiede sind gründlich beleuchtet von Ihering in d. dogm. Jahrb. I. 7., vgl. Scheurl das. II. 1. und wiederum Ihering II. 3. [Vgl. noch Hellmann in d. A. 4. angef. Schrift S. 1..38., der seinerseits (S. 104.) einen viel engeren Begriff der Stellvertretung aufstellt, als die

herrschende Lehre, insbesondere (S. 96 fg., 112.) die gesetzliche Stellvertretung ausschließt und (S. 21. 26.) den Stellvertreter als bloßen Gehülfen bei der Willenserklärung des Vertretenen auffaßt. Leonhard Irrthum S. 161 fg.]

[3] Im letzten Falle hat man die Stellvertretung eine mittelbare, indirecte oder unvollkommene genannt, im ersten Fall unmittelbare oder vollkommene (Brinz S. 7. Scheurl in d. krit. Ueberschau S. 320.). Dagegen nimmt Unger eben dieses, daß die Handlung des Einen vollkommen als Handlung des Andern gelte und wirke, in den Begriff der Stellvertretung auf, und so ist ihm „mittelbare Stellvertretung" eine contradictio in adiecto (§. 90. A. 22.). Allein, wenn nach römischem Recht Jemand im Namen eines Andern (procuratorio nomine, alieno nomine, welcher Ausdruck übrigens keineswegs immer auf Namhaftmachung des dominus negotii deutet, Bremer a. a. O. S. 81 fg. [Schloßmann a. a. O. S. 34 fg.]) einen Contract abschloß (und das war selbst bezüglich einer Stipulation möglich: L. 27. in f. cf. L. 28. D. de procurat. 3. 3.) oder einen Proceß führte, so bezeichnet man diesen gewiß nicht sprachwidrig als Stellvertreter des Andern, wenngleich man anerkennen muß, daß die Wirkung für den Andern nur mittelbar, nicht, wie bei der Stipulation des Sklaven für den Herrn, unmittelbar eintrat, und der Contract direct auf den Namen des Andern nicht abgeschlossen werden konnte. Vgl. Windscheid Pand. §. 73. A. 1. „Stellvertretung liegt überall da vor, wo Jemand statt eines Andern handelt" — „auch da, wo Jemand Organ der Aeußerung eines fremden Willens ist . . . Vertreter in Betreff der Erklärung des Willens" — „auch da, wo Jemand, der die Geschäfte eines Andern führt, . . . ein Rechtsgeschäft abschließt, ohne im Geschäft selbst als Stellvertreter hervorzutreten." — „Daraus folgt, daß der Begriff der Stellvertretung ein viel zu allgemeiner ist, um juristisch brauchbar zu sein." (?) [S. jetzt auch Windscheid (4. und 5. Aufl.) §. 73. A. 2.]

[4] Vgl. überhaupt Savigny III. §. 113. Oblig.R. II. §. 53..60. Buchka d. L. von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852., mit Brinz und Scheurl a. a. O. Windscheid §. 73. 74. „Willenserklärung durch Andre." [Die verschiedenen Ansichten darüber, wie das Recht die Aufgabe löse, es „einer Person möglich zu machen, daß sie durch eine fremde Handlung eine eigene Handlung vornehme", sind zusammengefaßt in der 5. Aufl. §. 73. A. 16. b.] Brinz 1. Aufl. §. 366..373. [Zimmermann die L. v. d. stellvertretenden Neg. Gestio. 1876. §. 1..6. Canstein in Busch Archiv f. d. Handelsr. XXI. S. 226 fg. und in d. Wiener Zeitsch. III. S. 670 fg. Karlowa Rechtsgeschäft S. 58 fg. Wächter Pand. §. 83. Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte . . . Ein Beitr. z. L. v. d. Stellvertr. 1881. (Vgl. unten §. 140*.) Hellmann d. Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1881. Letzterer will insbes. nachweisen, daß schon das R.R. die directe Stellvertretung in sehr weitem Umfange gekannt habe. (S. drbr. Baron in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 40 fg. Czyhlarz in d. Wiener Ztschr. IX. S. 777. Mandry im civ. Arch. LXVI. S. 477 fg.) Voigt die XII Tafeln I. §. 31. Schultze Privatr. u. Proceß I. S. 303 fg., 333 fg., 503 fg.]

## §. 77.

Die Stellvertretung kann, abgesehen von ihrer Beziehung zu einem Gewaltverhältniß, wobei es auf die Absicht des Handelnden nicht wesentlich ankommt (§. 76. Nr. 1.) [1], begründet sein 1) in der Verfassung einer

juristischen Person, durch welche die Repräsentation dieses Rechtssubjects im rechtlichen Verkehr festgesetzt ist (§. 43.); 2) in einem von der öffentlichen Gewalt ausgehenden Auftrag oder Amt, z. B. Vormundschaft; 3) in einem von dem Willen des Repräsentirten selbst ausgegangenen Auftrag (Mandat, Vollmacht). Im letzten Fall heißt der Stellvertreter Procurator (im engeren Sinn)[2], der Repräsentirte Dominus, sc. negotii, Geschäftsherr, Principal[a]. Der Umfang der Befugnisse eines solchen Bevollmächtigten und folgeweise auch der Wirkung seiner Handlungen für den Dominus bestimmt sich durch den erklärten Willen des letzten, d. i. durch den Umfang der Vollmacht, welche eine allgemeine (generelle) oder besondere (specielle) sein kann; daher procurator generalis oder specialis; und zwar generell rücksichtlich einer ganzen mehr oder minder umfassenden Klasse von Geschäften oder rücksichtlich eines bestimmten Geschäftes, zu dessen Ausführung wieder verschiedene einzelne Handlungen erforderlich sind, so daß jener Gegensatz nur relative Bedeutung hat. Ein procurator omnium bonorum kann bloß zur Erhaltung der Güter (custodia) bestellt sein oder auch zur Verwaltung (administratio), worin zugleich die Befugniß zur Veräußerung, nicht zur Schenkung[b], liegt, und zwar beschränkt oder unbeschränkt (libera administratio), was ihn jedoch immer noch nicht von der Rücksicht auf den vermuthlichen Willen des Dominus entbindet[c]. Uebrigens kann 4) auch ohne Auftrag Jemand als Stellvertreter (negotiorum gestor)[3] mit verpflichtender Wirkung für einen Andern handeln, insofern er dessen wahres Interesse in Acht nimmt[d].

Anm. [1] Vgl. darüber Windscheid §. 73. A. 2. 6..9.

[2] L. 1. D. h. t. 3. 3. Procurator est, qui aliena negotia mandatu domini administrat. §. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest . . . quamvis quidam . . . non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse . . . Sed verius est, eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit. [Zimmermann a. a. O. S. 87 fg. Der Begriff des römischen procurator ist neuestens sehr streitig. Amann über d. Begriff des proc. und des mandat. (1879.) S. 2. versteht unter procurator „immer das und nur das, was Ihering „Stellvertreter", unter mandatarius dagegen ebenso unbedingt das, was er „Ersatzmann" nennt." Darüber und dagegen: Bekker Recht des Besitzes S. 206 fg. Burckhard in der krit. Vjschr. XXIII. S. 52 fg. Brinz im civ. Arch. LXIII. 12. Schloßmann a. a. O. §. 2. Schloßmann selbst (§. 9. 10.) sucht nachzuweisen, procurator sei nicht die technische Bezeichnung für eine im Namen des Principals auftretende Mittelsperson, sondern (abgesehen von Nebenbedeutungen) „ein stereotypes Glied

[a] Dig. de procuratoribus. 3. 3. Cod. 2. 12 (13). [b] L. 7. pr. D. de donat. 39. 5. [c] L. 58..60. 63. D. h. t. 3. 3. L. 17. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 11. §. 7. L. 12. D. de pign. act. 13. 7. cf. cap. 4. de procurat. in 6to. 1. 19. [d] Dig. de negot. gest. 3. 5. cf. Dig. de procur. et defensoribus. 3. 3.

des (römischen) Hauses", „was wir . . . ein Factotum nennen, . . . der Mann für Alles", der jedoch durch seine Bestellung zum proc. omn. bon. „weder zu dem Herrn, noch zu dessen Vermögen in irgend eine rechtliche Beziehung" trat, dessen Verhältniß vielmehr rein thatsächlicher Art war. Rechtliche Beziehungen wurden erst durch iussus oder neg. gestio im Einzelfalle oder durch Uebertragung der libera administr. begründet. (§. 11. „verus procur.") Selbstverständlich ist dieser Begriff des proc. dem heutigen R. fremd. S. 169.]

[3] Im weiteren Sinne wird auch dieser procurator genannt. L. 13. §. 12. D. de her. pet. 5. 3. L. 8. §. 6. D. de lib. leg. 34. 3. L. 58. pr. §. 2. D. de solut. 46. 3. Vgl. auch L. 23 (24). D. de neg. gest. 3. 5. L. 42. §. 1. D. de acquir. poss. 41. 2. „Procurator, si quidem mandante domino emerit . . . quodsi sua sponte emerit." Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XI. S. 321. XVII. S. 205 fg.

## §. 78.

Der ursprüngliche Mangel der Befugniß zur Stellvertretung eines Andern (§. 77.) kann dadurch ersetzt werden, daß dieser nachträglich seine Zustimmung zu dem in seinem Namen vorgenommenen Rechtsgeschäfte erklärt. Dies ist Genehmigung, ratihabitio. Dadurch wird das Rechtsgeschäft für ihn ebenso wirksam, als ob es ursprünglich mit seinem Willen so abgeschlossen wäre[a], jedoch ohne Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte dritter Personen[b], und ohne Umwandlung des ohnedem bestehenden Rechtsverhältnisses des Stellvertreters zu dem Genehmigenden[c].

Die rückwirkende Kraft der nachträglichen Zustimmung (Genehmigung) tritt, wo nicht ein anderer Wille sich kundgibt, auch sonst in solchen Fällen ein, wo zur Gültigkeit oder vollen Wirksamkeit einer juristischen Handlung nur noch die Einwilligung eines Andern fehlte, wenn diese später hinzutritt unter Umständen, unter welchen jene noch gültig vorgenommen werden könnte[d]; ebenso auch dann, wenn Jemand ein von ihm selbst vorgenommenes Rechtsgeschäft, welches er aber aus irgend einem Grunde anfechten konnte, nach Beseitigung des die Anfechtbarkeit begründenden Umstandes bestätigt, was ebenfalls Ratihabition genannt wird[e]. Wenn dagegen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ein Hinderniß im Wege stand, das man nicht durch seinen Willen zu beseitigen vermochte, so kann auch die nach Beseitigung dieses Hindernisses erklärte Anerkennung nicht rückwirkende Kraft haben[f].

[a] L. 60. cf. L. 152. §. 2. D. de R. J. L. 56. D. de iud. 5. 1. L. 71. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3. cap. 10. de R. J. in 6to. [b] arg. L. 16. §. 1. in f. D. de pign. 20. 1. [c] L. 8 (9). D. de neg. gest. 3. 5. [d] L. 7. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. L. 24. pr. D. ratam rem haberi et de ratihabitione 46. 8. L. 16. §. 1. cit. [e] L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. cf. L. 1. Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 45 (46). [f] L. 27. L. 65. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 4. §. 6. D. de off. procons. 1. 16.

Anm. L. 12. in f. D. de solut. 46. 3. Ratihabitio mandato comparatur (cf. L. 152. §. 2. D. de R. J.). L. 25. §. 2. (L. 25. i. f.) Cod. 5. 16. „ratihabitiones negotiorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt." L. 7. pr. Cod. 4. 28. Necesse est enim patris ratihabitionem principali mandato patris vel consensui non esse absimilem, quum nostra novella lege et generaliter omnis ratihabitio prorsus trahitur et confirmat ea ab initio, quae subsecuta sunt. — L. 16. §. 1. D. 20. 1. Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum (*hoc ipso?*), quod ratum habet, voluisse eum retrorecurrere ratihabitionem (Hal. om. *ratihabitionem*) ad illud tempus, quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. — L. 8 (9). D. 3. 5. — Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse; .... nam utique mandatum non est; erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. — Puchta §. 51. not. c. §. 53. not. i. Böcking Inst. §. 116. n..t. Unger II. §. 92. Vgl. auch Ihering in d. dogm. Jahrb. I. S. 295..301. Dernburg Pfandrecht I. S. 207 fg. 229 fg. Windscheid §. 74. §. 83. A. 5..10. L. Seuffert d. L. v. d. Ratihabition der Rechtsgeschäfte, 1868, und darüber Regelsberger in krit. Vjschr. XI. S. 361 fg. [Zimmermann a. a. O. §. 8 fg. Wächter Pand. I. S. 428 fg. Hellmann a. a. O. S. 113 fg.]

## §. 79.

### 6) Von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte [1].

Nichtig heißt ein Rechtsgeschäft, welches nur dem Scheine nach besteht, juristisch aber schlechthin (ipso iure) als nicht bestehend angesehen wird (nullum negotium). Anfechtbar (rescissibel) heißt ein Rechtsgeschäft, welches zwar an sich besteht, seiner Wirkung nach aber von einer Person kraft eines ihr zustehenden Rechts als ungültig angegriffen werden kann, es sei durch eine gerichtliche Handlung, z. B. Klage, Einrede, Begehren der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder auch durch eine außergerichtliche Erklärung, welches daher als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht [2]. Die Folge der wirklich geschehenen Anfechtung kann aber sein, daß das Rechtsgeschäft nunmehr schlechthin nichtig oder daß es nur in seiner Wirkung vereitelt wird. Die Nichtigkeit wie die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts kann nicht nur von Anfang an vorhanden sein, sondern auch später erst eintreten. Von Anfang nichtig ist ein Rechtsgeschäft, wenn es ihm an einem wesentlichen Erforderniß seiner Entstehung mangelt, oder wenn es einem gesetzlichen Verbote widerstreitet, wo nicht das Gesetz mit der Uebertretung seines Verbotes ausdrücklich eine andere die Nichtigkeit ausschließende Folge verbindet [3]. Die Gründe, aus denen ein anfangs gültiges Rechtsgeschäft später ungültig wird (Infirmation, Rescission), sind verschieden nach Verschiedenheit

der Rechtsgeschäfte; eine durchgreifende allgemeine Regel läßt sich darüber nicht aufstellen [4].

Ein anfangs ungültiges Rechtsgeschäft kann andererseits späterhin gültig werden durch Beseitigung der Gründe seiner Ungültigkeit (Convalescenz); dies tritt jedoch so wenig in allen Fällen ein, daß vielmehr für nichtige Rechtsgeschäfte das Gegentheil als Regel ausgesprochen wird [5].

Verschieden von der Convalescenz ist die sogenannte Conversion (Umwandlung) eines ungültigen Rechtsgeschäfts, welche darin besteht, daß dasselbe als ein Rechtsgeschäft anderer Art behandelt und aufrecht erhalten wird, wozu natürlich das Dasein aller gesetzlichen Erfordernisse dieses andern Rechtsgeschäfts vorausgesetzt wird [6].

Uebrigens kann ein Rechtsgeschäft auch bloß theilweise ungültig sein oder werden, unter Aufrechthaltung der gültigen Bestandtheile [7].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny §. 202. 203. IV. S. 536 .. 560. Seuffert §. 82 .. 85. Sintenis §. 24. II. Puchta §. 67. und Vorlesungen zu diesem §. S. 150 .. 154. Unger II. §. 91. Brinz 1. Aufl. §. 376 .. 379. Windscheid 5. Aufl. §. 82. 83. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 116 .. 160. Wächter Pand. §. 84. Leonhard Irrthum S. 294 fg.]

[2] Puchta §. 67. not. c. „Es wäre denkbar, daß auch bei der Nullität eine Erklärung irgend einer Art von Seiten einer Person, die sie geltend machen will, und ein richterlicher Ausspruch gefordert würde, um den äußern Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewißheit zu entgehen, z. B. eine querela nullitatis und darauf folgende richterliche Nullitätserklärung. Dem römischen Recht ist dies fremd, im heutigen kommt es vor, aber nur in wenigen Fällen, bei der Ehe und im Proceß." Vgl. Zachariä französ. Civilr. §. 37. Ueber die sog. querela nullitatis vgl. Savigny S. 540 fg.; über absolute und sog. relative oder respective (Puchta „bedingte", Wächter „heilbare") Nichtigkeit: Brandis in Linde's Ztschr. VII. 4. 5. Sintenis a. a. O. A. 17. Windscheid §. 82. A. 8. Vgl. auch Arndts im Rtslex. VIII. S. 106 fg. (civ. Schr. II. S. 586 fg.) Unger §. 91. Nr. IV. V. [Wächter I. S. 432 fg.]

[3] L. 5. pr. Cod. de legib. 1. 14. (Theod. et Valent.) .... Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. §. 1. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus, ut legislatori quae fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. Cf. Nov. Theod. tit. VIII. In früherer Zeit galt dieser Grundsatz nicht, indem man unterschied zwischen leges *perfectae*, *minus quam perfectae* und *imperfectae*. Ulp. fragm. §. 1. 2. Savigny S. 549 .. 552. [Thon Rechtsnorm und subj. Recht S. 11 fg. 121 fg. Brinz in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 404 fg.] Der offenen Uebertretung steht übrigens die Umgehung des Verbotes (quod in fraudem legis fit) gleich. L. 20. 30. D. de legib. 1. 3.

[Vgl. Kohler in dogm. Jahrb. XVI. S. 140 fg. Hellwig im civ. Arch. LXIV. S. 370 fg.]

[4] L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. Maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. L. 140. §. 2. ibid. Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est. L. 3. §. 2. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8. Quae in eam causam inciderunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 85. §. 1. D. de R. J. Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.

[5] L. 29. D. de R. J. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, cf. L. 201. 210. ibid. Windscheid §. 83. [Leonhard Irrthum S. 314 fg.] — Convalescenz durch Bestätigung des Regenten? L. 38. D. de adopt. 1. 7. Seuffert §. 84. a. E.

[6] Ein Hauptfall ist die Erhaltung eines Testaments als Codicill vermöge der Codicillarklausel. [§. 546.] L. 1. D. de iure cod. 29. 7. L. 8. Cod. de codicill. 6. 36. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de accept. 46. 4. L. 1. §. 4. D. de const. pec. 13. 5. — Römer zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besondern Anwendung auf das Wechselversprechen, im civ. Arch. XXXVI. 4. Unger die Inhaberpapiere. S. 91 fg. Windscheid §. 82. A. 13 . . 15.

[7] Cap. 37. de R. J. in 6to 5. 12. Utile non debet per inutile vitiari. Cf. L. 1. §. 5. D. de V. O. 45. 1. Aber vgl. L. 178. D. de R. J. Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

### 7) Insbesondere von Schenkungen[1].

## §. 80.

### a) Begriff.

Schenkung, donatio[a], heißt im weitern Sinn jede unentgeltliche Zuwendung eines vermögensrechtlichen Vortheils[b], welche Jemand einem Andern aus freiem Willen, lediglich um demselben eine Gunst zu erweisen, ohne rechtliche Verbindlichkeit[c] gewährt, in engerem Sinn insbesondere ein Rechtsgeschäft solcher Art, wodurch der Eine mittels Minderung eigenen Vermögens[d] in jener Absicht (animo donandi[e]) dem Andern eine Vermögensbereicherung[f] zuwendet[2], welche dieser auch in entsprechender Willensmeinung[g] annimmt[3]. Der erste heißt Schenker, Schenkgeber, Donator, der andere der Beschenkte, Schenknehmer, Donatar.

[a] Inst. de donationibus 2. 7. Dig. de donationibus 39. 5. Cod. 8. 53 (54). cf. Theod. Cod. VIII. 12. Pauli sentt. V. 11. Fragm. Vat. §. 248 . . 316. [b] L. 9. pr. 23. D. h. t. L. 18. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 5. §. 13. 14. 16. eod. cf. L. 36. D. de legat. II. [c] L. 29. pr. D. h. t. cf. L. 1. pr. eod. L. 18. D. de adim. legat. 34. 4. [d] L. 3. D. pro donato. 41. 6. L. 31. §. 6. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 6. §. 2 . . 5. L. 18. D. quae in fraud. 42. 8. L. 1. §. 6 . . 8. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. [e] L. 1. 18. D. h. t. L. 5. §. 5. L. 31. §. 3. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 19. §. 1. 4 . . 6. D. h. t. [f] L. 5. §. 8. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 19. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. L. 18. D. quae in fraud. 42. 8. L. 9. 19. §. 4. D. h. t. [g] L. 19. §. 2. D. h. t. L. 18. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 36. D. de acquir. dom. 41. 1.

Das Recht stellt in Ansehung der Rechtsgeschäfte, bei welchen jene Merkmale zusammentreffen, verschiedene besondere Bestimmungen auf, theils rücksichtlich ihrer Erfordernisse, theils rücksichtlich ihrer Wirkung, wegen deren dieselben eine besondere Beachtung in Anspruch nehmen[4]. Es können aber durch Schenkung in allen Arten von Vermögensrechten Veränderungen bewirkt werden (dando[h], promittendo oder obligando[i], liberando[k]); sie bezieht sich auf keine Klasse von Vermögensrechten ausschließlich, und steht mit keinem Rechtsinstitut in besonderem engerem Zusammenhange; daher findet sie ihre Stelle in der allgemeinen Lehre von den Rechtsgeschäften[5]. Die Schenkung ist entweder Schenkung unter Lebenden (donatio inter vivos) oder Schenkung auf den Todesfall (mortis causa donatio)[l]. Die letzte ist eine Schenkung, deren Vollendung vom Tode des Schenkers abhängig gemacht wird, so daß sie nicht zu Stande kommt, oder wieder rückgängig wird, wenn der Schenker den Beschenkten überlebt; wegen ihrer Verwandtschaft mit den Vermächtnissen wird diese Art der Schenkung im Erbrecht (§§. 589. 590.) näher erörtert werden. Schenkung unter Lebenden ist jede andere Schenkung, welche nicht in bezeichneter Weise von dem Tode des Schenkers abhängig gemacht ist, wenn gleich ihr (suspensiv oder resolutiv) eine Bedingung beigefügt sein mag, die erst nach dem Tode des Schenkers erfüllt werden könnte[m]. Nur von diesen Schenkungen ist in den folgenden §§. weiter die Rede.

Anm. 1 Vgl. überhaupt: Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen nach R. Rt. 1835. 1837. [eine sehr gründliche und verdienstliche Monographie]. Savigny System §. 142 . . 176. Bd. IV. S. 1 . . 297; insbesondere über Schenkungen unter Ehegatten S. 165 . . 194., über Schenkung auf den Todesfall S. 239 . . 280.; über die Geschichte dieser Lehre: Puchta Cursus der Institutionen II. §. 205. 206. [8. Aufl. S. 49 fg.], auch Schilling Inst. u. Gesch. des R. R. III. §. 348 . . 364.; in Rücksicht auf österr. Recht: Unger II. §. 95 . . 99. [O. Frankl die Formerfordernisse der Schenkung nach österr. Recht. Graz 1883.]

2 Vgl. die Gegensätze in L. 67 (65). §. 4. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. . . . Si iussu meo traduntur, cui ego . . . eas praestare debuerim vel in creditum ire vel donare voluerim; L. 49. D. de solut. 46. 3. . . . Si iussu eius alii solvatur vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei, cui donaturus erat. Meyerfeld I. S. 26 fg. Man will nach diesen Stellen nur eine dreifache Absicht (causa, animus) unterscheiden, welche einer gewollten Vermögensänderung zum Grunde liegen

[h] §. 40. J. de rer. div. 2. 1. L. 4. 6. 9. 10. 27. D. h. t. L. 12. §. 2. L. 38. 40. D. de usufr. 7. 1. [i] §. 2. J. h. t. L. 35. §. 5. Cod. h. t. L. 12. 22. 33. pr. D. h. t. cf. L. 12. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 7. D. si quid in fraud. 38. 5. — L. 2. §. 1. L. 21. §. 1. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 2. 3. 11. Cod. h. t. — L. 31. §. 3. L. 34. pr. D. h. t. [k] L. 17. 21. pr. L. 33. §. 3. D. h. t. L. 1. D. de transact. 2. 15. — L. 7. §. 7. L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 12. Cod. de neg. gest. 2. 18 (19). [l] pr. §. 1. J. h. t. Dig. de mortis causa donationibus. 39. 6. Cod. 8. 56 (57). [m] L. 27. 35. §. 2. D. de m. c. donat. 39. 6.

könne und so zugleich den juristischen Charakter des betreffenden Rechtsgeschäfts näher bestimme, den animus *solvendi*, *credendi* und *donandi*. Allein dann „muß der animus credendi so allgemein gefaßt werden, daß er alle Bestimmtheit verliert und ganz zerfließt". Windscheid Voraussetzung S. 89 fg. Es kann z. B. auch conditionis implendae oder dotis constituendae oder transactionis causa u. dgl. m. eine solche Vermögensänderung vorgenommen werden, die nur gezwungener Weise unter den Begriff der credendi causa zu stellen wäre. Vgl. Windscheid Pand. §. 98. A. 1. Unger II. S. 195. A. 25. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 163 fg. und oben §. 74. I.]

[3] Ueber die Frage, ob zu dem Wesen der Schenkung Annahme von Seiten des Beschenkten (Acceptation) erforderlich sei? vgl. L. 10. D. h. t. Absenti, sive mittas qui ferat, sive quod ipse habeat sibi habere eum iubeas, donari recte potest: sed si nescit, rem, quae apud se est, sibi esse donatam, vel missam sibi non acceperit, donatae rei dominus non fit, etiamsi per servum eius, cui donabatur, missa fuerit; nisi ea mente servo eius data fuerit, ut statim eius fiat. L. 8. in f. D. de novat. 46. 2. . . . . liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. L. 23. D. de solut. 46. 3. Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus. L. 91. ibid. . . . . debitorem tuum etiam praesentem, etiam invitum liberare ita poteris, supponendo a quo debitum novandi causa stipuleris. L. 50. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. . . . quaeritur enim, an mulier ex viri patrimonio locupletior sit . . . Facta autem intelligitur, quae aere alieno suo interventu viri liberata est. Meyerfeld I. S. 34 fg. Savigny S. 145 fg. Dagegen L. 19. §. 2. D. h. t. Non potest liberalitas nolenti acquiri. L. 16. Cod. de iure delib. 6. 30; cf. Cic. Top. cap. 8. neque donationem sine acceptione intelligi posse. Puchta a. a. O. §. 205. not. p. Böcking Inst. I. §. 106. A. 12. Unger §. 95. A. 26..31. Windscheid §. 365. A. 5. Förster II. S. 13 fg.

[4] Ohne diesen Umstand würde die Schenkung gar nicht Gegenstand einer besonderen Lehre sein, sondern nur die Absicht zu schenken als mögliche Triebfeder eines Rechtsgeschäfts, im Gegensatz gegen andere causae, in Betracht kommen, und zwar als diejenige, die bei ernstlich gewollter Gewährung eines Vermögensvortheils in Ermangelung einer andern causa immer vorausgesetzt werden kann. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund §. 3. 9.

[5] Früher war es üblich, die Lehre von der Schenkung in der Lehre vom Eigenthum einzuschieben, nach dem Beispiel der Institutionen; dann in der Lehre von den Obligationen, z. B. Heise, Mühlenbruch, Göschen, Seuffert u. A., auch noch Windscheid II. §. 365..369. Förster II. §. 122. [Wächter Pand. §. 196.] Aber sowohl Schenkungsversprechen als schenkungsweise Uebertragung des Eigenthums sind nur einzelne Fälle der Schenkung. Darum hat zuerst Puchta die Lehre von den Schenkungen in den allgemeinen Theil gestellt, Lehrb. für Institut.-Vorl. 1829. S. 35. System des gem. Civ. R. 1832. II. Buch §. 35 fg., und so nach ihm Vangerow §. 121. Savigny a. a. O. Sintenis §. 23. u. A. Dagegen Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft II. S. 48. Windscheid §. 365. A. 18. Uebrigens gibt es noch andere Rechtsgeschäfte, die mit der Schenkung das gemein haben, daß die verschiedenartigsten Vermögensänderungen ihren Inhalt ausmachen können, z. B. die Bestellung einer Dos, der Vergleich; vgl. §. 269. 395 fg. Böcking Pand. I. §. 94 fg. [Fitting im civ. Arch. LII. S. 389 fg. F. Hofmann Titulus u. Modus §. 7. und oben §. 74. A. 1.]

## §. 81.

### b) Erforderniſſe der Schenkung unter Lebenden.

Die Schenkung wird vollzogen durch die juriſtiſche Handlung, welche die in der Abſicht zu ſchenken erzielte Bereicherung des Schenknehmers bewirkt, verſchieden nach Verſchiedenheit des Gegenſtandes der Schenkung [a]; wobei nur das Beſondere zu bemerken iſt, daß das Schenkungs verſprechen ſchon nach römiſchem Recht auch ohne Stipulation wirkſam iſt [b]. Vorausgeſetzt wird aber die Befugniß des Schenkenden zu unentgeltlicher Veräußerung [c], welche ſelbſt in dem Recht freier Verwaltung fremden Gutes nicht enthalten iſt [d]. Auch iſt kraft beſondern Rechtsſatzes ungültig die Schenkung unter Ehegatten, worüber das Nähere in der Lehre von der Ehe [e]. Eine Schenkung aber, deren Summe oder Werthbetrag zur Zeit der Schenkung, alſo ohne Zurechnung der davon ſpäter gewonnenen Früchte [f], die Summe von 500 Solidi überſteigt, bedarf zudem gerichtlicher Verlautbarung [g], Inſinuation [1]; widrigenfalls iſt ſie, ſoweit ſie jenen Betrag überſchreitet [h], nichtig [2]. Dieſe Vorſchrift findet jedoch keine Anwendung auf mehrere nicht gleichzeitige Schenkungen von geringerem Betrage [i], unter denſelben Perſonen [3], wenn nicht eine Umgehung des Geſetzes dadurch beabſichtigt iſt [k], auch nicht auf die Schenkung einer nicht ſchon für ein Jahr das geſetzliche Maß überſchreitenden Rente [l], während das Verſprechen einer beſtimmten Reihe jährlicher Leiſtungen, deren Geſammtbetrag die geſetzliche Summe überſteigt [m], desgleichen das Verſprechen einer jeden Rente, aus welchem Recht und Verpflichtung auf die beiderſeitigen Erben übergehen, oder welches auch nur auf eine beſtimmte Zeit über die Lebenszeit des Schenkers oder Schenknehmers hinaus fortwirken ſoll [n], allerdings der erwähnten Rechtsvorſchrift unterliegt [4]. Ausgenommen von dieſer Vorſchrift ſind außerdem a) Schenkungen des Regenten oder an denſelben [o], b) Schenkungen beweglicher Sachen der Kriegsoberſten (magistri militum) an die Soldaten [p] (jetzt unpraktiſch), c) Schenkungen zum Wiederaufbau zerſtörter Gebäude [q], d) Beſtellung einer Dos, ſofern darin eine Schenkung für die Frau liegt [r], e) Schenkungen zum Loskauf von Gefangenen [s] [von

[a] L. 10. 21. pr. 34. pr. D. h. t. cf. §. 80. A. 3. — L. 6. 28. Cod. h. t. 8. 53 (54). [b] L. 35. §. 5. Cod. h. t. (Just.). §. 2. J. h. t. [c] L. 33. §. 2. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. [d] L. 7. D. h. t. L. 28. §. 2. D. de pactis. 2. 14. L. 22. 46. §. 7. D. de adm. tut. 26. 7. [e] Dig. de donat. int. v. et u. 24. 1. Cod. 5. 16. vgl. §. 414. [f] L. 9. §. 1. L. 11. D. h. t. [g] L. 36. §. 3. cf. L. 27. L. 30 . . 35. Cod. h. t. — §. 2. J. h. t. [h] L. 34. §. 1 (pr.) L. 35. §. 3. in f. Cod. h. t. [i] L. 34. §. 3. Cod. h. t. [k] arg. L. 29. 30. D. de legib. 1. 3. [l] L. 34. §. 4. Cod. h. t. [m] arg. L. 35. §. 7. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 16. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [n] L. 34. §. 4. in f. Cod. h. t. [o] L. 34. §. 1. a. (pr.) Cod. h. t. Nov. 52. cap. 2. [p] L. 36. §. 1. Cod. h. t. [q] L. 36. §. 2. Cod. h. t. [r] L. 31. pr. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. Nov. 119. cap. 1. Nov. 127. cap. 2. [s] L. 34. §. 1 a. (pr.) L. 36. pr. Cod. h. t.

Manchen ohne Grund sog. causa piissima], nicht aber, wie Einige angenommen haben [5], überhaupt Schenkungen zu milden Zwecken, ad pias causas [t].

Anm. [1] Ueber die Geschichte dieses Rechtssatzes und dessen historischen Zusammenhang mit der lex Cincia vgl. Fragm. Vat. §. 248 sqq. Puchta Cursus der Institut. §. 206. Savigny IV. S. 194 fg. [H. Pernice z. L. v. d. Insin. d. Schenkungen. Inaug. Diss. 1882. S. 1..12. Darüber, was zur Insinuation gehöre: Bähr Urtheile d. Reichsgerichts Nr. XX. S. 177 fg.] — Der Solidus ist in der Praxis gleichgeschätzt einem ungarischen Ducaten ursprünglichen Gepräges = 2⅔ Rthlr. oder 4 Gulden im Zwanzigguldenfuß = 2⅘ Rthlr. preuß. Cour., also 500 Solidi = 2000 Gulden im Zwanzigguldenfuß oder 2100 fl. d. W. = 2450 fl. südd. W. = 1400 Rthlr. preuß. Cour. [= 4200 RMark.] Der eigentliche Werth des Solidus war höher. Vgl. Savigny in der Ztschr. für gesch. Rtsw. VI. S. 391 fg. Pinder und Friedländer ebenda XII. S. 9. [Franke im civ. Arch. XLVII. 18. S. 337 fg. Bähr a. a. O. Nr. XX. S. 187 fg.] — Ueber Ermittelung des Werthes der Schenkung: Savigny S. 211..216. J. Bremer z. L. v. d. Insinuation d. Schenkungen in d. dogm. Jahrb. XIII. 3.

[2] Folgen der Nichtigkeit: a) L. 34. §. 2. Cod. h. t. „.. electionem damus ei, qui ampliorem summam in re donata habuerit, reliquae aestimationis quantitatem offerre ei, qui minorem causam habuit, et totum possidere. Sin autem hoc minime facere maluerit, tunc omnimodo res dividi secundum quantitatem utrique parti competentem, si res dividi sine suo periculo possibilis est. Sin autem (in) huiusmodi casibus, in quibus partitio utiliter celebrari minime potest, amplioris summae dominus noluerit aestimationem offerre, tunc licebit etiam ei, qui minoris summae habet potestatem, offerre pretium et totum sibi vindicare. b) L. 21. D. h. t. Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti; factum valet, ille enim suum recepit. §. 1. Sed si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere iussi, an summoveris donationis exceptione necne tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest, quia perinde sum, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim et tu illam ei credideris. Sed ego si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sunt, habeo adversus debitorem meum rescissoriam in id, quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus; sin autem pecunias a debitore meo exegisti, in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem. L. 24. D. ibid. Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo, ne, si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat. Cf. Fragm. Vat. §. 266. 267. 310. L. 5. §. 3. 4. L. 39. 52. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Savigny IV. S. 587 fg. Schilling a. a. O. §. 360. A. dd. fg. Windscheid §. 367. A. 8. [Wächter Pand. II. S. 435. Z. 5. Pernice a. a. O. S. 64 fg.]

[3] Eben so wenig auf eine gleichzeitige, nur im Ganzen übermäßige Schenkung an mehrere Personen: Seuffert's Arch. I. 342.

[4] L. 34. §. 4. Cod. h. t. (not. n.) erklärt die Schenkung der Rente ausdrücklich für bedürftig der Insinuation (omnimodo acta reposcere): „si etiam heredum ex

[t] L. 34. §. 1 a. i. f. (pr. in f.) Cod. h. t. cf. L. 35. §. 5 d. (§. 5). L. 36. pr. ibid. L. 49. Cod. de ss. eccles. 1. 2.

utraque parte fuerit mentio vel adiiciatur tempus vitae vel donatoris vel eius qui donationem accipiet." Ueber die Erklärung des letzten Zusatzes und dazu versuchte Textverbesserungen (*nec* oder *vel non adiiciatur:* Cuiac. obs. 15. 22.; *tempus vitae heredum vel don.:* Savigny) vgl. Savigny S. 214. Die richtige Erklärung hat Briegleb gegeben im civ. Arch. XXXVIII. 6., indem er das Wort *vitae* nicht als Genitiv, regiert von *tempus*, sondern als Dativ, regiert von *adiiciatur*, auffaßt. Vgl. auch Vangerow §. 122. A. 2. Dagegen Windscheid §. 367. A. 6., welchem die auch von Schilling §. 360. A. p. vertheidigte Annahme, daß hinter dem ersten vel ein non ausgefallen sei, am empfehlenswerthesten scheint. Vgl. noch Bremer a. a. O. S. 165. Zoll in d. dogm. Jahrb. XIV. 8. [Pernice S. 47 fg.]

5 Mit Unrecht wird zu diesen selbst der Verf. dieses Lehrb. gezählt von Buchholtz in Linde's Ztschr. n. F. XI. 4., der übrigens die Unrichtigkeit der fraglichen Behauptung unwiderleglich darthut, mit denselben Argumenten, welche sein vermeintlicher Gegner schon in der ersten Aufl. bei den Allegaten in nota t. in petto hatte. [Auffallenderweise findet sich das gleiche Mißverständniß neuestens wieder bei Wächter Pand. I. S. 253. Note 1.]

## §. 82.

### c) Wirkung der Schenkung.

Die Wirkung der Schenkung bestimmt sich näher durch ihren Inhalt. Eine Universalsuccession kann dadurch nicht begründet werden, wenn sie auch, was allerdings möglich ist, ein ganzes Vermögen [1] oder einen aliquoten Theil desselben zum Gegenstande hat[a]. Die gültig vollzogene Schenkung ist in der Regel unwiderruflich[b]. Doch ist der Widerruf gestattet wegen Undanks des Beschenkten[c]; der Schenker, nicht auch dessen Erbe, hat deshalb eine persönliche Klage gegen den Beschenkten, nicht mehr gegen dessen Erben [2]; sodann wegen nachgeborner Kinder[d], wenn nach dem Gegenstande der Schenkung anzunehmen ist, daß der damals kinderlose Schenker in Voraussicht jenes Ereignisses dieselbe gewiß nicht gemacht haben würde [3]. Andere Personen können eine Schenkung anfechten wegen Schmälerung ihres Pflichttheils[e] (§. 597.), und wegen Beeinträchtigung ihrer Forderungen[f]. (§. 228.)

Anm. [1] Auch das gegenwärtige und zukünftige Vermögen? Savigny §. 159. Meyerfeld II. §. 21. — Puchta §. 71. not. g. Vorles. I. §. 71. g. E. Unger II. §. 97. Windscheid §. 368. A. 1..9. [Vgl. auch Birkmeyer Vermögen S. 49 fg.]

[2] L. 10. Cod. 8. 55 (56). (Just. a. p. Chr. 530.) Generaliter sancimus, omnes donationes lege confectas firmas illabatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur, ita ut a) iniurias atroces in eum effundat, vel b) manus impias inferat, vel c) iacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponit, vel d) vitae

[a] L. 11. 22. 35. §. 4. 5. Cod. h. t. L. 8. Cod. de revoc. don. 8. 55 (56). L. 28. D. h. t. L. 37. §. 3. D. de legat. III. L. 17. §. 1. D. quae in fraud. 42. 8. cf. L. 72. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. Fragm. Vat. §. 263. L. 1. 2. Cod. Hermog. de donat. tit. VI. [b] L. 2..6. Cod. de revocandis donat. 8. 55 (56). [c] L. 10. cf. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. [d] arg. L. 8. Cod. l. c. [e] Cod. de inofficiosis donat. 3. 29. [f] Dig. quae in fraud. cred. 42. 8.

periculum aliquod ei intulerit, vel e) quasdam conventiones, . . . quas donationis acceptor spopondit, minime implere voluerit . . . . Haec tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus etc. cf. L. 7. §. 3. (L. 7.) eod. Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis (d. i. vindictae) tantum habeat effectum, nec in heredem detur nec tribuatur heredi. Nach älterem Recht stand ein solches Recht des Widerrufs nur Eltern gegen Kinder und dem Patron gegen den Freigelassenen zu. L. 1. 7. 9. Cod. l. c. Die Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten (mater binuba), kann in den Fällen a, e gar nicht widerrufen, in dem Falle c nur wegen Versuchs gänzlicher Vermögensentziehung. L. 7. Cod. l. c. Nov. 22. cap. 35. Mütter aber, quae portentosae vilitatis abiectaeque pudicitiae sunt, können in keinem Falle widerrufen, L. 7. cit. in f. [Vgl. überhaupt Bothmer die rechtl. Construction des Widerrufs gültiger Schenkungen, im civ. Arch. LXI. S. 335 fg. und dazu Windscheid 5. Aufl. §. 366. A. 1. §. 367. A. 17.]

[3] Nach R. R. steht dieses Recht nur dem kinderlosen Patron gegen den beschenkten Freigelassenen zu. L. 8. Cod. l. c. Vgl. Puchta Curs. der Inst. §. 206. [8. Aufl. II. S. 54.] Die Praxis hat es auch auf andere Schenker ausgedehnt, Puchta §. 70. not. d., jedoch nicht ohne Widerspruch. Savigny S. 229. not. h. Windscheid §. 367. A. 22. Vgl. übrigens noch Unger §. 98. a. E.

## §. 83.

### d) Besondere Arten der Schenkung.

Als solche sind hervorzuheben 1) die remuneratorische Schenkung, d. i. eine Schenkung, wozu der Schenker durch Dankbarkeit bewogen wurde[a]. Sie ist eine wahre Schenkung, ihrer Wirkung nach unabhängig von der Wahrheit des Beweggrundes[b], und unterliegt daher auch den gesetzlichen Beschränkungen der Schenkungen [1]. Indessen ist es möglich, daß einer Gabe nicht sowohl die Absicht zu schenken (animus donandi), als vielmehr die Absicht, einen lohnenswerthen Dienst zu belohnen, zum Grunde liegt, wenn auch ein rechtlicher Anspruch auf Lohn nicht begründet ist[c], und dieses wird namentlich angenommen bei einer Belohnung für Lebensrettung[d], als eine unschätzbare Dienstleistung [2]. Eine solche Gabe ist nicht als Schenkung anzusehen. 2) Die Schenkung mit einer Auflage, donatio sub modo[e]. Hier liegt in der Annahme der Schenkung zugleich die Uebernahme einer Verpflichtung, es sei zu einer Leistung an den Geber selbst[f] oder an einen Dritten[g] oder zu irgend einer andern Handlung[h]. Es entsteht daraus eine Klage auf Erfüllung der Auflage, im ersten Fall für den Schenker[i], im zweiten Fall für den

[a] L. 10. §. 13. L. 12. D. mandati. 17. 1. L. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5. 3. [b] L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 3. §. 7. D. causa data. 12. 4. [c] L. 27. D. h. t. 39. 5. [d] L. 34. §. 1. D. h. t. [e] Cod. de donationibus quae sub modo conficiuntur. 8. 54 (55). [f] L. 1. 2. Cod. ibid. L. 9. 22. Cod. de donat. 8. 53 (54). L. 3. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 8. Cod. de rer. permutat. 4. 64. [g] L. 3. Cod. 8. 54 (55). [h] L. 2. §. 7. D. h. t. 39. 5. L. 71. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. §. 2. L. 14. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 36. §. 2. Cod. 8. 53 (54). [i] L. 9. 22. Cod. cit. L. 8 Cod. cit.

Dritten [k] oder deren Erben; in jedem Fall aber kann wegen verschuldeter Nichterfüllung der Schenker oder dessen Erbe das Geschenkte durch condictio ob causam dati zurückfordern [l], oder, wenn dem Schenker zu leistende Alimente verweigert werden, (utili in rem actione) vindiciren [m], der Schenker auch selbst wegen Undanks widerrufen [n]. Uebrigens finden darauf, soweit darin eine Schenkung liegt, auch die Vorschriften über Schenkungen Anwendung [3]. Verwandt der donatio sub modo sind 3) Schenkungen, die in ein anderes Rechtsgeschäft eingeschlossen werden, z. B. in einen Kaufvertrag [o] oder Gesellschaftsvertrag [p], *mixtum negotium cum donatione*; zu unterscheiden von einer reinen Schenkung, welcher nur der falsche Schein eines andern Rechtsgeschäfts gegeben ist [q]. Dort ist das Rechtsgeschäft als Schenkung zu behandeln, soweit sich nach Absicht und Inhalt der die Schenkung bildende Bestandtheil ausscheiden läßt [r].

Anm. [1] L. 25. §. 11. D. 5. 3. „. . . nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur (sc. bonae fidei possessores hereditatis), quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis." Cf. L. 55 (54). §. 1. D. de furtis 47. 2. Species enim lucri est beneficii debitorem sibi acquirere. [§. 533. A. 2. d.] Vgl. Meyerfeld I. §. 19. Savigny §. 153. Mehr oder minder abweichend u. a. a) Schweppe §. 503. III. S. 320 fg. b) Wening-Ingenheim §. 283. (§. 213.) c) Vangerow §. 125. Mühlenbruch §. 443. II.; die letzten schließen nur den Widerruf aus. Die neueste Praxis noch schwankend: Seuffert's Arch. I. 340., III. 265., IV. 118., V. 18., VIII. 132. 260., XVIII. 37. 38. Vgl. Unger §. 99. Nr. 2., auch Gruchot Beitr. z. Erläutr. d. preuß. Rechts, Jahrg. VII. 3. S. 159..174. [Harburger die remun. Schenkung. 1875. brbr. Hölder in d. Jen. Litztg. 1876. Nr. 8. und Löwenfeld in d. krit. Vjschr. XXI. S. 110 fg.]

[2] L. 34. §. 1. D. h. t. (Paul. lib. V. sent.) Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est: non merces (Vulg. *nam merces*, Hal. *merces enim*) eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. In Pauli sentt. V. 11. §. 6. lautet die Stelle so: Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur (*prohibetur*); si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Vgl. L. 27. D. h. t. „. . . posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum." Savigny S. 94 fg. Dagegen Windscheid §. 368. A. 11.

[3] Ohne Grund erklärt die Insinuation für entbehrlich und beschränkt den Wider-

[k] L. 3. cit. cf. Fragm. Vat. §. 286. [l] L. 3. 8. Cod. de cond. ob caus. 4. 6. cf. L. 1. 3. Cod. 8. 54 (55). [m] L. 1. Cod. 8. 54 (55). [n] L. 10. Cod. de revoc. donat. 8. 55 (56). [o] L. 5. §. 5. L. 32. §. 26. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [p] L. 32. §. 24. D. l. c. L. 5. §. 1. D. pro socio. 17. 2. [q] L. 32. cit. §. 25. 26. L. 36. 38. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 3. 9. Cod. eod. 4. 38. [r] L. 5. §. 2. 5. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

ruf Mühlenbruch §. 448. I. Vgl. auch Donell. lib. XIV. cap. 26. §. 3. cap. 27. §. 12..15. Seuffert's Arch. I. 431. Dagegen §. 82. A. 2. e. Savigny §. 154. 175. Seuffert's Arch. V. 168. VI. 38. XVIII. 136. [Pract. Arch. N. F. XI. S. 55.]

## D. Von unerlaubten Handlungen insbesondere.

### §. 84.

#### 1) Ueberhaupt.

Handlungen können entweder an sich widerrechtlich sein oder nur in Beziehung auf ein besonderes Verpflichtungsverhältniß des Handelnden. Im ersten Fall heißen sie Verbrechen oder Vergehen, delicta, und, insofern sie Privatrechte verletzen, delicta privata, eine Quelle selbständiger Rechtsansprüche, der obligationes ex delicto. Im andern Fall erzeugen sie nur eine Modification des ohnehin bestehenden Verpflichtungsverhältnisses. Jede widerrechtliche Handlung aber setzt voraus objectiv eine Verletzung und subjectiv eine Beziehung zu dem Willen einer Person, vermöge welcher jene dieser zuzurechnen, zu imputiren ist. Dieses zweite Moment bezeichnet das Wort Schuld, culpa im weitern Sinn.

Anm. L. 1. pr. D. de iniur. 47. 10. Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus (*dicimus*); nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam (Vulg. *dicam*), quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo. L. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Iniuriam autem hic accipere nos oportet . . . quod non iure factum est, hoc est, contra ius, id est, si culpa quis occiderit . . . . §. 2. Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? [Vgl. Pernice Labeo II. S. 5 fg. Voigt die XII Tafeln I. §. 89 fg.]

#### 2) Von der Schuld bei widerrechtlichen Handlungen [1].

### §. 85.

#### a) Begriff und Arten der Schuld.

Schuld, culpa im weitern Sinn, ist dasjenige Moment in dem Willen eines Menschen, in Beziehung auf eine (positive oder negative) Handlung, vermöge dessen dieser als Urheber einer Rechtswidrigkeit, als Bewirker eines Unrechts erscheint [a]. Diese unrechtliche Willensstimmung kann in bewußtem Wollen des Unrechts bestehen, es sei nun, daß man

[a] L. 5. §. 1. L. 9. §. 4. L. 10. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 3. D. depos. 16. 3. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 9. §. 3. D. de minor. 4. 4. L. 38. D. sol. matr. 24. 3.

absichtlich etwas thue oder absichtlich etwas unterlasse, um den rechtswidrigen Erfolg zu erzeugen. Das ist böser Wille, böser oder rechtswidriger Vorsatz, Arglist, *dolus*, dolus malus[b]. Sie kann aber auch nur in einem Mangel an gebührender Aufmerksamkeit und Besonnenheit bestehen, in einem Mangel an Energie des Willens, die Verletzung zu vermeiden, ohne die auf das Unrecht gerichtete Absicht. Alsdann heißt die Schuld *culpa* im engern Sinn, Fahrlässigkeit, Versehen, im Gegensatz von dolus[c]. Auch diese kann sowohl im Thun als im Unterlassen begangen werden, culpa in faciendo oder culpa in non faciendo[d]. Doch wird in Fällen, wo zwar das Bewußtsein des Unrechts nicht fehlt, aber der nächste Beweggrund des Handelns an sich nicht verwerflich, daher auch der Wille nicht eigentlich auf die Rechtsverletzung gerichtet ist, nur von culpa, freilich dolo proxima, gesprochen[e]. Sowohl wegen Culpa als wegen Dolus kann man nun verantwortlich werden, sofern durch ein besonderes Rechtsverhältniß die Verpflichtung zu einer gewissen Sorgfalt begründet ist[f]. Aber auch ein Delict kann nicht nur durch Dolus[g], sondern auch schon durch Culpa begangen werden, insofern in gewissen Beziehungen schon die allgemeine Bürgerpflicht eine gewisse Achtsamkeit im Verhalten fordert. Insbesondere wird wegen Zerstörung oder Beschädigung fremder Sachen regelmäßig jeder verbindlich zum Schadensersatze, sofern jene nur irgendwie als Folge einer nicht schuldlosen Thätigkeit, wenn auch nur einer Unachtsamkeit im Thun, ihm zur Last gelegt werden kann[h]. In dieser Beziehung hat man daher nach dem Namen des betreffenden Gesetzes (lex Aquilia)[i] die Aquilische Culpa besonders ausgezeichnet[2]; sie bezeichnet die Grenze des Gebietes der an sich rechtswidrigen Handlungen; was darüber hinausliegt, gehört dem Zufall an (casus[k]).

Anm. [1] Vorzüglich J. Chr. Hasse die Culpa des R. Rts. 1815. 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg. 1838. Vgl. Donell. lib. XVI. cap. 6. 7.; Löhr Theorie der Culpa. 1806. Beiträge zur Theorie der Culpa. 1808. Mag. IV. 25. (1844.); Zirkler im Rtslex. III. S. 83 .. 133. 466 .. 505. Dazu Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 347 .. 406 und über diesen Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 278 fg. Eine kritische Beleuchtung der Lehre hat versucht Schaaff Abh. aus dem Pandektenrecht Bd. I. Nr. I. 1857. Aber vgl. darüber Windscheid in d. krit. Ueberschau VI. S. 254 .. 257. und Kuntze in Schletter's Jahrb. V. S. 106.

[b] L. 15. §. 1. D. de iud. 5. 1. L. 1. §. 47. L. 13. D. depos. 16. 3. L. 62 (61). §. 5. D. de furt. 47. 2. L. 3. §. 6. D. de hom. lib. exhib. 43. 29. cf. L. 1. §. 1. 2. D. de dolo. 4. 3. [c] L. 62. §. 5. cit. [d] L. 91. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. [e] L. 7. pr. D. depos. 16. 3. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 7. D. de dolo. 4. 3. [f] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. [g] L. 50. §. 2. D. de furt. 47. 2. L. 2. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 3. §. 3. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 13 (12). 15 (14). D. de adult. 48. 5. L. 16. D. ad leg. Corn. de sicar. 48. 8. u. a. [h] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. [i] Dig. ad leg. Aquil. 9. 2 [k] §. 3. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 30. §. 3. 4. L. 52. §. 4. D. eod. 9. 2.

„Des Vf. Raisonnements halten wir unsrerseits für nahezu werthlos.“ Ein werthvoller Beitrag zu dieser Lehre dagegen ist: Jhering das Schuldmoment im römischen Privatrecht. 1867. [= Verm. Schr. Nr. IV. S. 155 fg.] Vgl. Heyßler das Civilunrecht und seine Formen. 1870. [Binding die Normen und ihre Uebertretung I. 1872. II. 1877., insbesondere über dolus und culpa lata II. S. 269 fg. Bar in d. Wiener Zeitschr. IV. 2. S. 21 fg. Thon Rechtsnorm u. subj. R. S. 71 fg. Hesse z. L. von dolus und culpa, im civ. Arch. LXI. S. 208 fg. Pernice Labeo II. 1878, der insbes. behauptet (S. 57 fg. 378 fg.), die römische Jurisprudenz habe niemals dolus und culpa unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zusammengefaßt. Vgl. noch Wächter Pand. §. 86. Lammasch Handlung u. Erfolg, in d. Wiener Ztschr. IX. 4. S. 221 fg. v. Berger über Bewirken durch Unterlassen, ebda. IX. 14. S. 734 fg. Jhering Zweck im Recht. II. S. 66 fg.]

[2] L. 44. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ueber die Aquilische Culpa vgl. bes. Hasse §. 4 . . 15. S. 15 . . 72., dazu Schaaff S. 120 fg.; über culpa in faciendo und in non faciendo Hasse S. 105 fg. Zirkler a. a. O. S. 103 fg.

## §. 86.

### b) Grade der Culpa.

Bei Beschädigungen, welche unter die lex Aquilia fallen, werden keine Grade des Verschuldens unterschieden. Jede Beschädigung aus bloßem Versehen hat dieselbe Wirkung wie die vorsätzliche[a]. Wer aber in einem besondern Verpflichtungsverhältniß zu einem Andern steht, der hat in dessen Interesse selbst eine gewisse Sorgfalt oder Beflissenheit (diligentia) zu bethätigen, deren Versäumung (negligentia), es sei durch Mangel an Achtsamkeit in der Thätigkeit oder durch reine Unthätigkeit, eben darum als Verschulden gegen jenes Verpflichtungsverhältniß, als Culpa erscheint. Jene Sorgfalt nun kann in verschiedenem Grade gefordert werden, und so unterscheidet man denn auch im Gegensatze davon verschiedene Grade der Culpa, obwohl im einzelnen Falle immer nur das Verhalten als Culpa zugerechnet wird, welches der pflichtmäßig zu leistenden Sorgfalt nicht entspricht. Einen allgemeinen Maßstab der Beurtheilung gibt nun die Sorgfalt ab, welche ein sorgsamer und verständiger Hausvater in gleichem Verhältniß regelmäßig bewähren wird, diligentia diligentis patrisfamilias[b]. Der Mangel derselben ist eine gewöhnliche Schuld, meistens culpa schlechtweg, *levis culpa*[c], die geringste Schuld, für welche Jemand verantwortlich gemacht wird[1]; sie grenzt unmittelbar an den Zufall, welcher dem Verpflichteten nicht zu-

[a] §. 3. J. cit. [b] L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. 13. 7. L. 12 (11). D. de peric. et comm. 18. 6. L. 25. pr. in f. D. de probat. 22. 3. L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [c] L. 13. §. 1. cit. §. 4. J. quib. mod. re contr. 3. 14. §. 5. J. de locat. 3. 24. L. 25. §. 7. D. locati. 19. 2. L. 23 (22). §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 20. Cod. de neg. gest. 2. 18 (19). L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. L. 47. §. 5. D. de legat. I.

zurechnen ist[d]. Es kann aber auch die geringere Vorsicht, die selbst ein wenig achtsamer Mensch gewöhnlich nicht vermissen läßt, und deren Mangel als eine auffallende Sorglosigkeit oder an Gewissenlosigkeit streifende Gleichgültigkeit gegen Benachtheiligung eines Andern erscheint, zum Maßstab der Beurtheilung dienen. Die Vernachlässigung derselben ist eine grobe Schuld, grobes Versehen[2], *lata culpa*[e]. Diese grenzt nahe an den rechtswidrigen Vorsatz, ist culpa dolo proxima[f], und wird in Verpflichtungsverhältnissen[g] demselben in der Regel gleich behandelt.[3]

Eine besondere Richtung der Sorgfalt bezeichnet die *custodia*, diligentia in custodiendo[h], deren Versäumung, culpa in custodiendo, insbesondere wegen Entwendung der Sache verantwortlich macht.

Nach Verschiedenheit der Verhältnisse wird man bald für jedes Versehen verantwortlich (omnis culpa, dolus et culpa, d. i. dolus — mit Inbegriff der lata culpa — und levis culpa), bald nur für dolus mit Inbegriff der lata culpa[i]. In manchen Fällen wird aber noch insbesondere mildernde Rücksicht genommen auf das Maß der Sorgfalt, welche der Verpflichtete in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wenn sie auch geringer ist als die eines sorgsamen Hausvaters, diligentia quam suis rebus (sc. adhibere quis solitus est)[k], sogenannte diligentia *in concreto*, deren Vernachlässigung (im Gegensatze der sog. culpa *in abstracto*) die heutige Terminologie culpa in concreto nennt; diese aber kann andererseits wieder unter Umständen der lata culpa oder dolo proxima[l] gleichzustellen sein[4].

Anm. [1] L. 12 (11). D. 18. 6. Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: quia (vielleicht quin oder quid?) sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi ac diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. (Vgl. darüber Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 282. Arndts das. VIII. S. 101., wo aber Z. 3. v. u. ein „nicht" fehlt, durch dessen Mangel vielleicht Ribling das. IX. 9. zu einer ungegründeten Kritik verleitet worden, vgl. Arndts civ. Schr. I. S. 40 fg.). L. 13. §. 1. L. 14. D. 13. 7. Venit autem in hac actione (pigneratitia) et dolus

[d] L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. [e] L. 213. §. 2. L. 223. pr. D. de V. S. L. 7. Cod. l. c. [f] L. 29. pr. D. mand. 17. 1. L. 23. §. 3. D. cit. L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. [g] L. 226. D. de V. S. L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 8. §. 3. cit. L. 1. §. 5. D. de O. et A. 44. 7. L. 1. §. 2. D. si is qui test. lib. 47. 4. cf. L. 7. D. ad leg. Cornel. de sicar. 48. 8. [h] L. 5. §. 5. 6. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 13. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 12. pr. L. 14. §. 6. 10. 12. D. de furt. 47. 2. L. 21. pr. L. 36. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. §. 3. J. de emt. 3. 23. [i] L. 23. D. de R. J. cf. L. 13. Cod. mand. 4. 35. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 17. §. 2. D. praescript. verb. 19. 5. not. b. c. g. [k] L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. [l] L. 32. D. depos. 16. 3. L. 23 (22). §. 3. D. ad Sc. Treb. 36. 1.

et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. . . . Ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. — L. 137. §. 2. D. 45. 1. . . . aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit: ut, qui Ephesi daturum se spoponderit, neque diplomate diebus ac noctibus et omni tempestate contemta iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, quum id agat, ut mature perveniat, i. e. eodem tempore quo plerique eiusdem conditionis solent pervenire. — §. 5. J. 3. 24. Custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. — Dasselbe bezeichnen die Ausdrücke diligentia schlechtweg, exacta diligentia, exactissima diligentia, omnis diligentia u. a. Ebenso andererseits culpa, levis culpa, levissima culpa, omnis culpa. Ueberall bedarf es verständiger und billiger Erwägung theils der Volkssitte und des Volkscharakters überhaupt, theils der besondern Beschaffenheit der concreten Verhältnisse; die Theorie kann sich nicht vermessen, eine allgemeine Barometerscala des Verschuldens aufzustellen. Vgl. Hasse S. 90 fg. 101 fg. 133 fg. 138 fg. mit Mommsen S. 360 fg., auch Unger II. §. 102. S. 243 fg. [Vgl. noch Pernice a. a. O. S. 330 fg. 376.]

[2] L. 213. §. 2. D. de V. S. Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt. L. 223. ib. Latae culpae finis est non intelligere id, quod omnes intelligunt. L. 226. ib. Magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est. — L. 29. pr. D. 17. 1. Dissoluta enim negligentia prope dolum est. L. 1. §. 1. D. 11. 6. Lata culpa plane dolo comparabitur. Darüber Mommsen S. 347 fg., und gegen denselben Windscheid a. a. O. III. S. 278 fg. Jhering in d. dogm. Jahrb. IV. S. 12 fg. [und nun wieder Mommsen Erörtr. II. Anhang II. S. 175 fg., vgl. auch Wächter Pand. I. §. 87. Note 5. u. S. 455 fg. Z. 4. — Pernice S. 377 fg. 420 fg. 425: „Culpa lata ist . . . ein Handeln ohne Ueberlegung." Gegen Binding II. S. 338 fg., der die culpa dolo proxima identificirt „mit dolus malus abzüglich des gemeinen Motives", s. Windscheid 5. Aufl. §. 101. A. 10.]

[3] Die früher herrschende Theorie unterschied drei Grade der Culpa, lata, levis und levissima culpa. So im Preuß. Ldrt.: „grobes, mäßiges, geringes Versehen." Die Bekämpfung dieser Trichotomie durch Donellus blieb unbeachtet, bis Thibaut dessen Ansichten wieder geltend machte. Seitdem hat die richtige Ansicht, besonders durch Löhr und Hasse fester begründet, allgemeine Anerkennung gefunden. Vgl. noch Seuffert Erörtr. I. S. 102 fg. Vangerow §. 107. Puchta §. 264 . . 267. So auch, obwohl in vermeintlicher Opposition gegen das römische Recht, nach österreich. Recht. Unger §. 102. A. 11 . . 13.

[4] L. 32. D. 16. 3. Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam praestabit. Vgl. darüber und über die sog. culpa in concreto überhaupt Mommsen S. 374 fg. mit Windscheid S. 281 fg. [Pernice S. 360 fg.]

## III. Von der Zeit in ihrer Beziehung auf Entstehung und Endigung von Rechten.

### §. 87.

#### 1) Vom Einfluß der Zeit auf Rechtsverhältnisse im Allgemeinen.

Die Zeit kann auf Rechtsverhältnisse in verschiedener Weise Einfluß haben[1]. Denn 1) gewisse Handlungen, namentlich gerichtliche, sollen nach gesetzlicher Vorschrift an gewissen Tagen (Feiertagen) nicht vorgenommen werden[a]. 2) Die Wirkung gewisser Handlungen kann vermöge gesetzlicher oder richterlicher Festsetzung von deren Vornahme zu oder innerhalb gewisser Zeit (Termine, Fristen)[1a] abhängig sein. 3) Rechtsgeschäften kann durch Privatwillkür eine Zeitbestimmung hinzugefügt sein (§. 73). 4) Mit einer gewissen Dauer eines Zustandes sind häufig besondere rechtliche Wirkungen verbunden. Hinsichtlich dieses Einflusses der Zeit bedarf es näherer Bestimmungen über Zeiteintheilung (§. 88) und Zeitberechnung (§. 89. 90).

In der letzten Beziehung ist insbesondere hervorzuheben die Veränderung in Rechten, welche als Folge der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung derselben eintritt[b]. Man bezeichnet diese im Allgemeinen durch den Ausdruck Verjährung, praescriptio, und zwar erwerbende Verjährung, praescriptio acquisitiva, oder erlöschende Verjährung, praescriptio extinctiva, je nachdem die Wirkung zunächst im Erwerb eines Rechts durch fortgesetzte Ausübung oder im Verlust durch fortgesetzte Nichtausübung besteht. Es ist aber ein Mißgriff, die Verjährung als Ein zusammenhängendes Rechtsinstitut darzustellen[2]; sie kommt bei verschiedenen Rechten in ganz verschiedenartiger Gestaltung vor. Nur eine Art sogenannter Verjährung ist wegen ihrer allgemeinen Bedeutung hier schon näher zu betrachten (§. 91).

Anm. [1] Ueber diese ganze Lehre vorzüglich Savigny §. 177 .. 201. IV. S. 297 bis 535; eine Uebersicht der einzelnen Einwirkungen der Zeit das. §. 177. Vgl. die sonst dem Eustathios beigelegte Schrift über die Zeitabschnitte: *αἱ ῥοπαί* oder *περὶ χρόνων προθεσμίας ἀπὸ ῥοπῆς ἕως ἑκατὸν ἐνιαυτῶν.* Ausgabe von C. E. Zachariae. 1836.

[[1a] Vgl. über Termine und Fristen Schwalbach im civ. Arch. LXVI. 9. S. 251 fg.]

[a] Dig. de feriis et dilationibus et diversis temporibus. 2. 12. Cod. de feriis. 3. 12. X. 2. 9.
[b] Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. 7. 40. X. de praescriptionibus. 2. 26. in 6to. 2. 13.

[2] Jac. Ravii princ. univ. doctrinae de praescript. acquis. et extinct., defin. et indef. 1766., ed. 3. 1790. Thibaut über Besitz und Verjährung. 1802. Unterholzner ausführliche Entw. der gesammten Verjährungslehre. 2 Bde. 1828. Zweite neu durchgesehene Auflage von Schirmer. 1858. Heimbach im Rtslex. XII. S. 288 .. 675. [Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung I. 1880. (vrbr. Krasnopolski in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 357 fg. Strohal in d. Wiener Ztschr. IX. S. 61 fg., L. Cohn in Rassow's Beitr. XXV. S. 141 fg. Dazu auch Schwalbach in d. dogm. Jahrb. XX. 6. S. 265 fg.)] Vgl. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 9. „von der Verjährung" §. 500 .. 669. Code Nap. liv. III. tit. 20. de la prescription. Oest. b. Gesetzb. „Von der Verjährung und Ersitzung" §. 1451 .. 1502., und darüber Unger II. §. 104.

## §. 88.

### 2) Zeiteintheilung.

Die Zeit wird in gewisse Abschnitte eingetheilt: Jahre, Monate, Wochen, Tage. Eine feststehende Eintheilung der Zeit nach den genannten Abschnitten bietet der Kalender dar. Mit Rücksicht darauf nennt man einen Zeitabschnitt, so wie er im Kalender bestimmt ist, mit festem Anfangs- und Endpunkte, Kalenderjahr, Kalendermonat, Kalenderwoche, Kalendertag, civilis annus, mensis, dies[a]. Der letzte, in 24 Stunden abgetheilt, ist der Zeitraum von einer Mitternacht zur andern[b]. Das Jahr besteht aus 365 Tagen, vom 1. Januar bis zum 31. December einschließlich. Doch wird in jedem vierten Jahre nach dem 23. Februar ein Tag zugesetzt (Schalttag, dies intercalaris)[c], was nur dreimal in 400 Jahren unterbleibt. Aber dieser Schalttag wird juristisch mit dem folgenden Tage zusammen für einen Kalendertag gerechnet (bissextus, prior et posterior)[d]. In Rechtsverhältnissen kommen nun aber meistentheils Zeitabschnitte von gleichem Umfange und gleicher Benennung, mit wandelbarem Anfangs- und Endpunkte in Betracht. So steht dem Kalenderjahr gegenüber ein Zeitjahr (bewegliches, natürliches Jahr), d. i. ein Zeitabschnitt von 365 Tagen[e], mit willkürlichem Anfangspunkt; ebenso dem Kalendertag ein Zeittag, natürlicher Tag, d. i. ein Zeitabschnitt von gleicher Länge wie der Kalendertag, aber nicht von Mitternacht an gerechnet. Schwierigkeit macht hier nur der Monat, weil die Kalendermonate von ungleicher Länge sind. Allein wenn in gesetzlichen Bestimmungen eine Zeitfrist nach Monaten bezeichnet ist, so wird regelmäßig ein Monat gleich 30 Tagen gerechnet[f] (Zeitmonat).

[a] Censorin. cap. 20. 22. 23. [b] L. 8. D. de feriis. 2. 12. cf. Gell. III. 2. [c] L. 2. D. de div. temp. 44. 3. [d] L. 2. cit. L. 98. D. de V. S. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. cap. 14. X. de V. S. 5. 40. [e] L. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 4. §. 5. D. de statulib. 40. 7. L. 134. D. de V. S. [f] L. 12 (11). §. 6. L. 30 (29). §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5. L. 1. §. 10. D. ad Sc. Turpill. 48. 16. L. 22. §. 1. 2. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. Nov. 115. cap. 2. cf. Pauli sentt. IV. 9. §. 5. L. 28. 31. §. 22. D. de aedil. ed. 21. 1.

Anm. [1] Ueber die Zeiteintheilung überhaupt vgl. Censorinus de die natali cap. 19 . . 24. Macrobii Saturn. 1. 3. 12 . . 16. Ideler Hdb. der math. und technischen Chronologie. 2 Bde. 1825. 1826. [Zech Himmel und Erde. 1870. S. 270 fg.] Gmelin im krit. Archiv d. neuest. jur. Lit. u. Rechtspfl. I. S. 577 fg. S. 756 fg. — Savigny IV. S. 320 . . 347. Heimbach im Rtslex. XV. S. 132 . . 231. [Brinz Die Zeit im Recht. 1882, eine originelle und geistvolle Rect.-Rede.]

[2] Der heutige Kalender ist im Wesentlichen der a. u. 709. von Julius Cäsar eingeführte (Julianische) Kalender, nur verbessert in Betreff der Schalttage durch Gregor XIII. im J. 1581 (der Gregorianische Kalender). [Ueber diese Reform s. Zech S. 285 fg., über den in Folge derselben entbrannten „Kalenderstreit" s. Brinz S. 13 fg.] Aber die Römer zählten bekanntlich die Monatstage anders als wir, zurückrechnend von den Nonae und Idus des Monats (d. i. dem 7., beziehungsweise 15. im März, Mai, Juli und October, dem 5., beziehungsweise 13. in den übrigen Monaten), sodann den Kalendae, d. i. dem 1. des folgenden Monats, z. B. ante diem XVII. Kal. Jan., d. i. der 16. Dec., indem gerechnet wird 1) Kal. Jan. 2) pridie Kal. Jan., d. i. 31. Dec. 3) III. ante Kal. Jan., d. i. 30. Dec. u. s. w. [Vgl. Zech S. 277 fg.]

[3] Den Tag theilten auch die Römer in 24 Stunden ein, aber in 12 Stunden des Tages von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang (horae diei, lucis, dies naturalis) und 12 Stunden der Nacht von Sonnenuntergang bis Sonnenaufgang (horae noctis). Das Ende der hora sexta noctis war Mitternacht, das Ende der hora sexta diei Mittag. Die Stunden waren also Zeitabschnitte von wandelbarer Größe (je nach den Jahreszeiten), und die sich aneinander reihenden 12 Stunden der Nacht gehörten zwei verschiedenen Kalendertagen an.

[4] Nach dem Jul. Kalender war das Sonnenjahr angenommen zu 365¼ Tagen; daher alle vier Jahre ein Schalttag. Es beträgt aber genau 365 Tage 5 St. 48′ 48″; daher wird nach dem Greg. Kalender in 400 Jahren dreimal die Einschaltung unterlassen; die überzähligen Tage wurden im Jahre 1581 ausgelassen. Nach dem römischen Kalender war der 24. Februar eines gemeinen Jahres der dies sextus ante Kalendas Martias („ante diem VI. Kalend. Mart."), der 23. Februar dies septimus („ante diem septimum Kalend. Mart."). Zwischen diesen beiden wurde im Schaltjahr ein Tag eingeschaltet, ohne die Zählung der Tage zu ändern; der eingeschaltete Tag, d. i. der 24. Februar des Schaltjahrs, wurde nun für sich allein, aber auch mit dem folgenden zusammengenommen bissextum genannt, und war durch Rückwärtszählen von den nächsten Kalenden der 25. prior, der 24. posterior dies. L. 98. pr. D. de V. S. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. Basil. II. 2. 95. X. 4. 3. §. 3. Eustath. III. 3. Harmenop. append. III. §. 35. vgl. mit Censorin. de die nat. cap. 20. Macrob. Saturnal. I. 13. 14. Zwar hat Mommsen röm. Chronologie S. 279 fg. (2. Ausg.) behauptet, daß vielmehr der 25. Febr. der Schalttag gewesen und der natürlichen Zählung gemäß dieser posterior dies, der 24. prior dies genannt worden sei, und ihm sind beigetreten Bekker im Jahrb. III. S. 137 fg., Heimbach a. a. O. S. 215 fg. Aber die dafür angeführten Gründe sind nicht überzeugend, indem dabei vorausgesetzt werden muß, daß Censorinus, ein Zeitgenosse Ulpian's, und Macrobius (im 4. oder 5. Jahrh.), die sich ex professo mit dem Gegenstande beschäftigten, sich über den Schalttag ihrer Zeit gröblich geirrt haben. Vgl. Arndts in Bekker's Jahrb. III. 10. (welche Ausführung in einigen Punkten von Mommsen das. Nr. 14., insbesondere S. 364. A. 16., mit Fug angefochten, in der Hauptsache aber nicht widerlegt scheint), Vangerow I. §. 197.

S. 343 fg. Salkowski Inst. §. 16. vgl. Arndts civ. Schr. I. S. 42 .. 54. — Jedenfalls aber ist heutzutage der Schalttag der 24. Febr., weder der 25. noch der 29. Savigny IV. S. 457 fg. Windscheid §. 103. A. 17. [Zech S. 280.] — Von jenen beiden Tagen, dem Bissextum, gilt nun die Regel: id biduum pro uno die habetur. L. 98. pr. D. de V. S. (cf. L. 98. §. 1. 2. ibid., betreffend die vor Cäsar übliche Einschaltung eines Monats, mensis intercalaris.). Basil. II. 2. 95. Τὸ βισέξτον μία ἡμέρα ἐστι. — L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. Si bissexto natus est sive priore sive posteriore die, Celsus scripsit nihil referre; nam id biduum pro uno die habetur et posterior dies Kalendarum intercalatur. Der sog. Eustathius und Harmenopulus a. a. O. übertragen dies: εἴτε ἐν τῇ πρώτῃ ἡμέρᾳ τοῦ βισσέξτου εἴτε ἐν τῇ δευτέρᾳ τεχθῇ τις, ἀδιάφορόν ἐστιν, . . ὡς τῶν δύο ἡμερῶν ἀντὶ μιᾶς παραλαμβανομένων. L. 2. D. 44. 3. In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato necne debeat, quaeritur; item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones; et (l. *sed et*) si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori (Basil LI. 3. 2. τῷ ἀγοραστῇ, Flor. *tempori*): (oder?) mihi contra videtur. — Savigny §. 192 .. 194. — Gegen die heutige Anwendbarkeit obiger Regel erklärt sich Unger II. §. 106. S. 305 fg. vgl. Windscheid §. 103. A. 19.

[5] Der Bestimmung der Monatsfrist auf 30 Tage scheint entgegen zu sein L. 101. D. de R. J. Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus erit; ita enim et Imp. Antoninus cum divo patre suo rescripsit. Savigny S. 392 .. 399. Puchta §. 74. not. d. §. 75. not. e. — Emendationen: *sexagesimo die*, vgl. Eustathius cap. 14. ed. Zachar. §. 149. not. 3., *sexagesimo et premo* (d. i. *postremo*) *die*, Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 166 bis 180. — Nicht entgegen steht L. 5. §. 1a. (pr.) Cod. de temp. app. 7. 63. „aliis trium mensium spatiis, id est nonaginta (et) tribus diebus", vgl. L. 2. ibid., noch auch L. 12. D. de statu hom. 1. 5. L. 3. §. 12. D. de suis et legit. 38. 16. septimo mense = centesimo octogesimo secundo die natus (§. 39.). Auf diese Stelle und L. 101. cit. gründet eine andere Monatsrechnung Schrader Civ. Abh. II. 3., nämlich ein Monat = $1/_{12}$, 2 Monate = $1/_6$, 6 Monate = $1/_2$ von 365 Tagen, nur mit Beseitigung der Bruchtheile. — Uebrigens vgl. noch RA. von 1548 §. 58.: „in 6 Monaten, ein jeden Monat für 4 Wochen zu rechnen". Ueber die Rechnung von Monatstag zu Monatstag: L. 2. Th. Cod. de decurion. 12. 1. „utrum ex numero dierum an ex nominatione Kalendarum computari duorum mensium spatia debeant". Im heutigen Rechtsverkehr ist diese Rechnung, z. B. „vom 12. Januar bis zum 12. März", sehr gewöhnlich: z. B. Preuß. Landr. II. 8. §. 855. vgl. I. 9. §. 550. Code de commerce art. 132. Deutsche Wechselordnung Art. 32. Savigny S. 341 .. 344.; und wird dieselbe auch nach R. R. als die regelmäßig anwendbare vertheidigt von Bachofen in Linde's Ztschr. XVIII. S. 350 .. 371. vgl. Wächter Württ. Pr.R. II. §. 121. A. 6. Unger II. S. 288. A. 11.

### 3) Berechnung von Zeiträumen.

### §. 89.

#### a) Civilcomputation [1].

Der Anfang eines Zeitraums, an dessen Ablauf sich eine juristische Wirkung knüpft, wird regelmäßig bezeichnet durch eine Thatsache, z. B. Geburt, Besitzerwerbung, welche in den Umfang eines Kalendertags fällt. Nach genauer Berechnung müßte demnach als Endpunkt eines nach Tagen oder größeren Zeitabschnitten bestimmten Zeitraums der jenem Anfangspunkte entsprechende Moment im Laufe eines andern Kalendertages, des letzten, der noch als Theil jenes Zeitraums in Betracht kommen kann, angenommen werden. Eine solche genaue Zeitrechnung nennen die Römer ad momenta oder a momento in momentum tempus computare, die Neueren Naturalcomputation. Sie wird aber im römischen Recht nur ausnahmsweise angewendet und ist keineswegs als Regel anzusehen [2]. Regelmäßig wird vielmehr ein Zeitraum nur nach ganzen Kalendertagen gerechnet. Dies heißt ad dies numerare, civiliter tempus computare, daher Civilcomputation. Dabei wird regelmäßig derjenige Tag, in welchen der eigentliche Anfangspunkt des Zeitraums fällt, als der erste angerechnet, wornach denn der letzte Tag (novissimus, postremus oder extremus dies) durch die Zählung sich ergibt [3]. Was aber diesen letzten Tag betrifft, so ist zu unterscheiden, ob der Erwerb eines Rechts oder einer Fähigkeit als Folge eines eine gewisse Zeit hindurch dauernden Zustandes in Frage steht, oder der Verlust eines Rechts als Folge einer so langen Versäumniß [4]. Im ersten Fall genügt es, wenn jener Zustand nur auch an dem letzten Tage noch bestanden hat, wenn also dieser Tag nur erreicht worden ist (dies coeptus pro completo habetur); im letzten Fall wird vorausgesetzt, daß auch der letzte Tag noch versäumt worden, dieser also ganz abgelaufen sei [5] [6].

Anm. [1] Ueber diese sehr streitige Lehre sind zu vergleichen: Koch Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren. . . . . 1796. Hagemeister eben darüber, im civ. Mag. III. 1. Koch Bestätigung der Bel. 1798. Gmelin a. a. O. (§. 88. A. 1.) Erb über den annus civilis der Usucap. im civ. Mag. V. 8. Löhr über civ. comp. im civ. Arch. XI. 18. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 90. Reinfelder der annus civilis. 1829. Vangerow I. §. 196. Savigny §. 182 . . 188. Puchta Curs. der Instit. II. §. 199. Bachofen in Linde's Ztschr. XVIII. 2. 11. Huschke a. a. O. (§. 88. A. 5.) Heimbach im Rtslex. XV. S. 142 . . 193. Krueger de temporum computatione Rom. diss. 1861, desselben krit. Vers. S. 59 fg. Hölder Theorie d. Zeitberechnung nach R. R. 1873.

[2] L. 3. §. 3. D. de min. 4. 4. Minorem autem XXV. annis natu videndum an etiam die natalis sui adhuc dicimus ante horam qua natus est, ut, si captus sit, restituatur. Et cum nondum compleverit, ita erit dicendum, ut a momento in momentum tempus spectetur. Die Praxis zählt hieher auch noch die Appellationsfrist, nach Nov. 23. cap. 1.: „intra decem dierum spatium a recitatione sententiae numerandum". Für das heutige Recht will Keller S. 150. den ersten Fall nicht mehr gelten lassen, und zur Restitution noch den ganzen Geburtstag gewährt wissen, ohne Grund.

[3] Vgl. A. 4. g. L. 1. §. 5. 12. D. quando app. 49. 4. Bachofen S. 45 fg. Huschke S. 166. mit Savigny S. 361 fg. Beil. XI. S. 602 . . 616. Puchta §. 75. not. e. Windscheid §. 103. A. 12 . . 14. [R.C.P.O. §. 198 . . . 200.]

[4] Die entscheidenden Stellen sind folgende: a) L. 5. D. qui testam. fac. 28. 1. A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere; plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum; iam enim complesse videtur annum quartum decimum. — b) L. 1. D. de manumiss. 40. 1. Placuit eum, qui Kalendis Januariis natus (est) post sextam noctis pridie Kalendas quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere; . . . . iam autem minor (XX annis) non est, qui diem supremum agit anni vicesimi. — c) L. 132. pr. L. 134. D. de V. S. Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur . . . . Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo et quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. Cf. L. 12. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. — d) L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. In usucapione ita servatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. L. 6. 7. D. de usurp. 41. 3. In usucapionibus non a momento ad momentum sed totum postremum diem computamus; . . . . ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem. Cf. Gell. noct. Att. III. 2. Q. quoque Mucium dicere solitum legi, (lege) non isse usurpatum mulierem, quae (quum) Kalendis Januariis apud virum matrimonii causa esse coepisset, (et) ante diem quartum Kalendas Januarias sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quo(d) abesse a viro usurpandi causa ex XII. tabulis deberet: quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis. Cf. Macrob. Sat. I. 3. — e) L. 49. D. de cond. et dem. 35. 1. Si in annos decem heres dare damnatus aut quis liber esse iussus est, novissimo eius temporis die legatum debebitur et libertas obtingit. — f) L. 6. D. de O. et A. 44. 7. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem (Vulg. *non finitur obligatio*, Mommsen *non finit obligatio*). — g) L. 101. D. de R. J. (§. 88. A. 5.) L. 1. §. 9. D. de succ. ed. 38. 9. Quod dicimus „intra dies centum bonorum possessionem peti posse", ita intelligendum est, ut et ipso die centesimo bonorum possessio peti possit. L. 31 (30). §. 1. D. ad leg. Jul.

de adult. 48. 5. Sexaginta dies a divortio numerantur, in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.

5 Z. B. eine Zeitfrist von mehreren Jahren beginnt am 1. Jan. Mittags; dann ist der letzte Tag der 31. Dec. eines andern Jahres; die Frist ist vollendet, bei der Ersitzung mit dem Beginn des 31. Dec., bei der Klagenverjährung mit dem Ablauf dieses Tages; hier kann die Klage noch im Laufe des 31. Dec. angestellt werden; dort hindert es die Ersitzung nicht, wenn der Besitz noch im Laufe des 31. Dec. verloren wird, und braucht der Usucapient bei späterer Vindication nur zu beweisen, daß er noch am 31. Dec. (quovis momento, wenn auch nur incipiente die), nicht, daß er auch noch am 1. Jan. besessen habe. Hiemit stimmen im Wesentlichen überein Vangerow, Puchta, Huschke und jetzt auch Böcking; jedoch nimmt Puchta §. 75 not. e. für die Fälle der zweiten Art den 2. Januar als ersten Tag an (A. 3.), Huschke aber S. 171 fg. führt noch aus, daß, wenn bei demselben Rechtsverhältnisse eine Frist zugleich für die Dauer der Ausübung des Rechts des einen und für den Erwerb desselben Rechts durch einen andern festgesetzt ist, für den letzten zwar die Regel gelte: dies ultimus coeptus pro completo habetur, zugleich aber dem ersten noch der ganze letzte Tag zu Gebote stehe, um sein Recht geltend zu machen durch usurpatio; arg. die Stellen in A. 4. d. und e.; dagegen Vangerow 7. Aufl. §. 196. S. 337. — Abweichende Ansichten: a) die Civilcomputation bestehe wesentlich darin, daß jeder Kalendertag als ungetheilte Einheit gelte, also in obigem Beispiel der 1. Jan. als erster ganzer Tag gerechnet, und der 31. Dec. nach seinem Beginn sofort als vollendet angesehen werde (Reinfelder, vgl. auch Böcking Inst. §. 122., Koch, Hagemeister, Löhr; dagegen aber jetzt Böcking Inst. 2. Aufl. §. 122. Pand. I. §. 127.); b) regelmäßig endige die Frist erst mit dem Ablauf des 31. Dec., nur ausnahmsweise schon mit dessen Beginn (Erb, Bachofen, auch Windscheid §. 103. A. 15. 16. und Heimbach S. 192 fg.); c) die Frist endige immer in Fällen der ersten Art mit dem Beginn, in Fällen der zweiten Art mit dem Ablauf des 1. Jan., als desjenigen Kalendertages, in dessen Umfang der mathematische Endpunkt derselben fällt, d. i. nach dieser Ansicht, des dies novissimus oder extremus (Savigny, zum Theil übereinstimmend Unterholzner). Mit Savigny stimmt für das heutige Recht auch Keller §. 73. überein, während er nach seiner Ansicht über das römische Recht unter b) zu stellen wäre. Ueber die Bestimmungen neuerer Gesetzg. vgl. Savigny IV. S. 420. mit Unger II. S. 295 fg.

6 Nicht hieher gehören L. 5. 8. 22. D. de annuis legat. 33. 1. und eine ganz singuläre Bestimmung enthält L. 8. D. de muner. 50. 4. Ad rempublicam administrandam ante XXV. annum .... admitti minores non oportet .... Annus autem vicesimus quintus coeptus pro pleno habetur.

## §. 90.

### b) Utile tempus.

Ein Zeitraum wird regelmäßig als eine ununterbrochene Reihe von Zeittheilen gedacht (tempus continuum)[a]. In gewissen Fällen aber, wo die wirksame Vornahme einer gerichtlichen Handlung durch Rechtsvorschrift auf eine gewisse Zeitfrist (höchstens von einem Jahre) eingeschränkt ist, werden nur die dazu geeigneten Tage, dies utiles,

[a] L. 31. §. 1. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 8. Cod. de dolo. 2. 20 (21). L. 7. Cod. de temp. i. i. r. 2. 52 (53).

gezählt; diejenigen Tage, an welchen man jene Handlung nicht vornehmen konnte, kommen nicht als versäumte in Anrechnung[b]. Daher utile tempus, z. B. annus utilis, sex menses utiles, centum dies utiles[c]. Die Hindernisse, welche dabei in Betracht kommen, können liegen 1) in der Unzugänglichkeit des Gerichts an einzelnen Tagen, zur Vollziehung der erforderlichen Handlung[d]; 2) in der Abwesenheit einer andern Person, deren Anwesenheit erforderlich ist[e]; 3) in einer persönlichen Hinderung desjenigen, welcher die Handlung vorzunehmen hätte, als Abwesenheit, Krankheit[f], auch wohl, aber nicht in allen Fällen, Unkenntniß der thatsächlichen Verhältnisse[g]. Etwas anderes ist es, daß in manchen Fällen der Anfang einer alsdann continuo laufenden Zeitfrist durch Unkenntniß hinausgeschoben wird[h].

Anm. Unpassend und verwirrend ist die moderne Unterscheidung von a) tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus; b) tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus; c) tempus utile ratione initii et cursus; d) tempus continuum utraque ratione. Vgl. Savigny IV. §. 189 . . 191. mit Bd. III. S. 410 . . 417. Nur was man unter b und c sich dachte, ist ein tempus utile im römischen Sinn; die Unterscheidung zwischen b und c aber ist nur ein unpassender Ausdruck für die Verschiedenheit, die nach not. g. vorkommt. — Die neuerlich von Elvers Themis n. F. I. S. 125 . . 184. aufgestellte Ansicht, daß der annus utilis auf das Amtsjahr des Prätors zu beziehen sei, ist widerlegt von Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 1 fg. (civ. Schr. I. 7.) Vgl. Savigny IV. S. 451 . . 453. — Wie übrigens schon das R. R. in mehreren Fällen, wo sie früher stattfand, jene schwierige Berechnung später beseitigt hat, so ist ihr die neuere Gesetzgebung vollends abgeneigt. Unger II. S. 311 fg.

## §. 91.

### 4) Unvordenkliche Zeit.

Wenn ein Recht so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschengedenken hinausliegt, so wird angenommen, daß dasselbe irgend wann und wie, es sei durch besondere Verleihung (lex specialis) oder auf andere Art, rechtsgültig erworben worden sei. Die Unvordenklichkeit der Rechtsausübung ersetzt den sonst erforderlichen Beweis des Rechtserwerbes. Dies ist die sogenannte unvordenkliche Verjährung, praescriptio immemorialis oder indefinita. Sie kommt schon

[b] L. 2. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. D. de div. temp. 44. 3. [c] L. 2. cit. L. 1. §. 9. 12. D. de succ. ed. 38. 9. L. 19. §. 6. D. de aedil. ed. 21. 1. L. 7. 8. Cod. citt. [d] L. 2. cit. §. 1. 2. L. 1. in f. D. de div. temp. [e] L. 1. cit. initio. cf. L. 1. §. 7 . . 10. D. quando app. 49. 4. — L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [f] L. 1. D. cit. L. 2. cit. §. 3. cf. L. 1. D. de b. p. fur. 37. 3. L. 7. §. 1. 2. D. de bon. poss. 37. 1. L. 2. Cod. si ut om. her. 2. 39 (40). [g] L. 2. pr. D. quis ordo. cf. Gai. II. 165. 171 . . 173. L. 6. D. de calumniat. 3. 6. L. 15. §. 4. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 19. §. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. L. 2. Cod. de aed. act. 4. 58. L. 8. Cod. de dolo. 2. 20 (21). [h] §. 16. J. de excusat. 1. 25. L. 1. §. 15. D. quando app. 49. 4. L. 19. §. 2. 3. (L. 19. c. m.) L. 22 §. 1 b. 2. (§. 1. 2.) Cod. de iure delib. 6. 30.

im römischen Recht unter dem Namen *vetustas* in einzelnen Anwendungen vor[a], sodann im canonischen Recht[b], und in deutschen Reichsgesetzen[c], und ist in der Praxis bei allen Arten von Rechten anerkannt, sofern ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung derselben seit unvordenklicher Zeit möglich ist und nicht eine in bestimmter Zeit vollendete Verjährung (sog. praescriptio definita) die Berufung darauf entbehrlich macht. Zur Unvordenklichkeit eines thatsächlichen Zustandes wird vorausgesetzt, daß Niemand, weder aus eigener Wahrnehmung noch aus lebendiger Mittheilung der Vorfahren, über den Anfang desselben Auskunft zu geben vermöge[d]. Zum Beweise derselben dient vorzüglich die Aussage von Zeugen, deren Erinnerung ein ganzes Menschenalter, d. i. wenigstens vierzig Jahre[e], umfaßt, wodurch bezeugt wird, nicht nur, daß während dieser Zeit der gegenwärtige Zustand immer vorhanden gewesen sei, sondern auch, daß sie von älteren Personen niemals eine andere Kunde vernommen haben. Es können aber auch Urkunden zum Beweise dienen. Die Wirkung solcher Beweisführung wird jedoch zerstört, wenn ein unrechtmäßiger Anfang des gegenwärtig noch fortdauernden Zustandes in irgend einer früheren Zeit bewiesen wird.

Anm. [1] Böhmer ius eccles. lib. II. tit. 26. §. 35..45. [ed. Hal. Magd. 1738. p. 1366 sq.] Wernher sel. obs. for. tom. 1. pars 4. obs. 5. Unterholzner Verjährungsl. I. §. 140..150. Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 3..147. Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit. 1835. Arndts Beiträge S. 126 fg. (civ. Schr. I. 8.) Savigny IV. S. 480..536. A. Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. 1841. S. 169 fg. Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit. 1843. Heimbach im Rtslex. XII. S. 546..618. Windscheid 5. Aufl. §. 113. Brinz 2. Aufl. I. §. 164. [Burckhard d. a. aquae pl. arc. 1881. S. 362 fg.]

[2] Ueber die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts s. besonders Friedländer Abth. 1..3. Buchka der unvordenkliche Besitz d. gem. d. Civ.R. 1841. Der letzte will dasselbe nur aus dem deutschen Recht herleiten. Dagegen Pfeiffer in Reyscher's und Wilda's Ztschr. für deutsches Recht VIII. 1.

[3] Ueber das Wesen der unvord. Vj. und zwar a) ob sie eine Erwerbart des Rechts sei, analog der Ersitzung? Unterholzner, Pfeiffer a. a. O., dagegen besonders Schelling, Arndts, Savigny §. 201. Vgl. Böhmer, Wernher l. c. (praesumtio iuris et de iure?) — L. 3. §. 4. D. 43. 20. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. L. 26. D. 39. 3. Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus

[a] L. 3. D. de locis et itin. publ. 43. 7. — L. 3. §. 4. D. de aqua quot. 43. 20. L. 26. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 7. Cod. de serv. et aqua. 3. 34. — L. 1. §. 23. L. 2. pr. §. 1. 3. 5. 7. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. — cf. L. 28. D. de probat. 22. 3. [b] cap. 21. 26. X. de V. S. 5. 40. cap. 1. de V. S. in 6to. 5. 12. cap. 1. de praescript. in 6to. 2. 13. [c] Aurea bulla cap. 8. §. 1. 2. cap. 28. §. 5. RA. von 1548. §. 56. 59. 63. 64. RA. von 1576. §. 104. 105. [d] L. 2. §. 8. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 28. D. de probat. [e] cap. 1. de praescript. in 6to. 2. 13. cf. L. 2. Th. Cod. de longi temp. praescript. 4. 13. L. 7. §. 1 (L. 7). Cod. de fund. rei priv. 11. 66 (65). L. 14. Cod. de fund. patrimon. 11. 62 (61).

auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur. L. 1. §. 23. ibid. Denique ait ... si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire; .... si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex (*velut?* oder *vel et?*) iure impositam servitutem videatur. cap. 1. in 6to de praescript. 2. 13. .... nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cuius contrarii memoria non existat; — b) welchen Arten von Rechten die unvordenkliche Zeit zum Schutze diene? nur Rechten von publicistischem Charakter, beziehungsweise Befreiungen davon? Savigny S. 484. 509..514. Friedländer II. S. 67 fg. Seuffert's Arch. XIV. 112. (vgl. das. Nr. 111, wo sich in Beziehung auf denselben Rechtsfall auch noch die absonderliche Behauptung findet, daß durch unvordenkliche Verjährung nur für juristische Personen und für Grundstücke Rechte erworben werden können). Busch Stimme d. Praxis S. 17 fg. Dagegen Arndts S. 145 fg. Dollmann in Seuffert's Blättern für Rtsanw. VII. S. 339..341. Puchta §. 77. not. c. Seuffert's Arch. V. 250. VI. 144. IX. 120. XIV. 14. XVI. 173. XIX. 120. [XXVIII. 8.] vgl. I. 170. (wo sogar das publicistische Moment eines Rechtsverhältnisses gerade als Grund der Ausschließung der unvord. Bj. hervorgehoben wird); c) ob und wiefern dieselbe auch in Beziehung auf obligatorische Verhältnisse in Betracht komme? Seuffert's Arch. I. 183. dagegen, VII. 5. 269. XIII. 127. XVIII. 116. XIX. 104. [XXX. 3.] dafür, insofern diese durch fortgesetzte Ausübung sich manifestiren; d) ob die unvord. Zeit immer nur den Beweis eines Privilegiums, einer lex specialis, vertrete? Friedländer II. S. 63. Dagegen Arndts a. a. O. [e) ob man sich auch dann noch auf die früher vollendete Unvordenklichkeit berufen könne, wenn der durch sie begründete Zustand einem anderen Zustande Platz gemacht hat? Vgl. Ruhstrat in Bödiker's Mag. II. S. 271 fg.] — Diesen Streitfragen entgeht die neuere Gesetzgebung dadurch, daß sie das ganze Institut über Bord geworfen. Unger II. S. 256.

4 Ueber den Beweis der Unvordenklichkeit: L. 2. §. 8. D. de aqua et a. pluv. arc. 39. 3. Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria extet facto opere, non diem et consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum esse, hoc est, si factum esse non ambigatur; nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam si qui audierint eos qui memoria tenuerint. — L. 28. D. de probat. 22. 3. Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet? hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: imo quum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis extet necne, non hoc quaeritur, num aliquis meminerit, qua die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit: et hoc ita, quod Graece dici solet, ἐν πλάτει. enim potest hoc memoria non teneri; intra annum puta factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed cum omnium haec est opinio, nec audiisse nec vidisse, quum id opus fieret, neque ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, et hoc infinite susum versum accidet, quum memoria facti operis non extaret. Cf. Basil. XXII. 1. 28. u. Schol. ad h. l. Heimb. vol. II. p. 480. Friedländer II. S. 70 fg. 74. — Emendationen: Savigny S. 518. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 301..305. Mommsen schlägt vor: ἐν πλάτει. etenim potest hoc memoria non *nullorum* teneri intra annos *quinque* puta factum, cum interim

nemo sit eorum qui meminerit quibus consulibus id *fieri* viderit. Sed c. o. h. e. o. nec *vidisse se* cum id opus fieret neque ex eis audisse . . . . . similiter susum versum accidet, tum memoria facti operis non extat. — Vgl. F. E. Pufendorf obs. iur. un. I. 151. [p. 316 sq.] II. 55. [p. 159 sq.] Pfeiffer §. 8 . . 18. Schelling S. 128 . . 146. Arndts S. 157 . . 160. Savigny S. 517 . . 527. 531 . . 535. Ueber den Eid als Beweismittel der Unvordenklichkeit Pufendorf II. 55. Savigny S. 524 fg. Dollmann a. a. O. S. 342 . . 344. Seuffert's Arch. IX. 121. XIV. 272. [XXVI. 106.]

---

# Fünftes Capitel.

## Ausübung und Schutz der Rechte.

### §. 92.

### I. Ausübung der Rechte.

Ausübung eines Rechts ist **thatsächliche** Aeußerung der Willensherrschaft, welche sich Jemand in Ansehung eines Gegenstandes beilegt, bestehend in Handlungen, zu welchen das Recht die Befugniß gibt.* Gewisse Rechte, namentlich Forderungen, werden durch deren volle Ausübung selbst zerstört, andere, z. B. dingliche Rechte, sind von der Art, daß eine fortdauernde Ausübung derselben ohne Erschöpfung ihres Inhaltes, stattfindet. Die Ausübung des Rechts, ganz oder theilweise, steht im **Belieben** des Berechtigten[a]; nur hat fortgesetzte Nichtausübung häufig den Verlust des Rechts zur Folge (§. 87). Auch ist meistentheils [1] Ausübung durch Stellvertreter zulässig[b]. Die Ausübung des Rechts ist ungehindert, wenngleich sie Andern zum Nachtheil gereicht und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringt[c]. Doch wird in manchen Verhältnissen[2] eine dem Berechtigten nutzlose, einem Andern schädliche Ausübung als unbillig oder unsittlich nicht gestattet[d]. Es ist aber möglich, daß verschiedene Rechte in der Art zusammentreffen, daß die Ausübung des einen durch die Ausübung der andern ganz oder zum Theil ausgeschlossen wird: **Collision der Rechte**[3]. Alsdann kann jeder sein Recht vollständig ausüben, soweit es ihm thatsächlich möglich ist; daher wird derjenige, dem der Andere zuvorgekommen ist, in der Ausübung seines Rechts gehindert[e]; sonst

[a] L. 156 pr. §. 4. D. de R. J. cf. L. 21. 143. ibid. Cod. ut nemo invitus agere cogatur. 3. 7.
[b] cap. 68. in 6to de R. J. [c] L. 55. 151. 155. §. 1. D. de R. J. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 1. §. 21. L. 21. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 9. D. de s. p. u. 8. 2. [d] L. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 1. §. 5. L. 2. §. 5. 9. D. de aqua pluv. cf. §. 2. J. de his qui sui v. al. iur. 1. 8.
[e] L. 6. §. 7. L. 24. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. D. de pign. 20. 1. L. 5. in f. D. commod. 13. 6.

kann Jeder nur beschränkt durch die Mitausübung des Andern sein Recht ausüben[f]; in manchen Fällen muß das Loos entscheiden[g]. Wenn dagegen Jemand unbefugt die Ausübung eines Rechts sich anmaßt, oder einen Andern darin beeinträchtigt, so ist eine Rechtsverletzung[4] vorhanden, gegen welche diesem Schutz zu gewähren ist.

[* Daß das Genießendürfen („der Genuß") zum Rechtsinhalt gehöre, bestreitet Thon Rechtsnorm und subj. R. S. 228 fg. Vgl. aber Kohler dogm. Jahrb. XVIII. S. 131 fg.]

Anm. [1] Zu allgemein sagt cap. 68. not. b. cit. „Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum".

[2] L. 38. D. 6. 1. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. Aber die Regel ist: *qui iure suo utitur, nemini facit injuriam;* falsch der Satz: quod mihi prodest et tibi non nocet, ad id potes compelli. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 194. [Pand. I. S. 169 fg.] vgl. Sintenis I. §. 27. A. 6. Windscheid §. 121. A. 2. 3. [Pfaff in „drei Gutachten über d. Revis. d. 30. Hptst. d. a. b. G.B." 1880. S. 39 fg.]

[3] Darüber vgl. Thibaut Vers. II. 14. Kierulff I. S. 230..240. Böcking Inst. I. §. 128. [Eck doppels. Kl. §. 13. Steinlechner iur. comm. I. §. 29. Windscheid §. 121. Anm. 4. Wächter Pand. §. 96. II. und Beil. II.] Keine wahre Collision der Rechte ist es: a) wenn ein Recht durch sein Bestehen die Entstehung eines andern hindert, indem nicht beide zugleich begründet sein können; b) wenn es nur zweifelhaft ist, welcher von mehreren Personen ein ausschließendes Recht zustehe; oder c) für das eine Recht die thatsächlichen Voraussetzungen seiner Existenz und Wirksamkeit nicht gegeben sind; oder d) die gleichzeitig begründeten Rechte nicht von gleicher Stärke sind, oder das eine zum andern im Verhältniß einer Ausnahme oder Beschränkung steht; oder e) die Rechte in ihrem Inhalt nicht wirklich zusammentreffen. — Privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur?

[4] [Ueber diesen Begriff: Unger II. §. 109. Demelius Unters. S. 146 fg., Windscheid §. 101. 122. Voigt die XII Tafeln I. §. 39 fg.]

## §. 93.

## II. Sicherung der Rechte.

Die Möglichkeit einer Verletzung gibt Anlaß zu besondern juristischen Maßregeln, um die künftige Geltendmachung von Rechtsansprüchen und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeiten zu sichern, Cautionen im weitern Sinn. Zu diesem Zweck können

1) Privatrechtsgeschäfte dienen, Cautionen im eigentlichen Sinn[a], welche entweder nur eine größere Sicherheit rücksichtlich der rechtlichen

[f] L. 6. §. 7. cit. [g] §. 23. J. de legat. 2. 20. L. 14. D. de iud. 5. 1. L. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 24. §. 17. D. de fid. libert. 40. 5.

[a] Dig. de stipulationibus praetoriis. 46. 5. et sqq. 6..8. cf. Inst. de divisione stip. 3. 18. D. qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur. 2. 8. Inst. de satisdationibus 4. 11. Cod. de satisdando. 2. 56 (57).

Begründung und insofern eine Erleichterung der etwa nothwendig werdenden gerichtlichen Verfolgung eines Rechtsanspruchs gewähren, Verbalcautionen, oder zugleich auch sichernde Mittel der Verwirklichung desselben darbieten, Realcautionen[1]. Das erste kann geschehen entweder a) durch bloßen Vertrag mit dem Verpflichteten, repromissio von Seiten desselben[b], daher promissorische Caution, nach römischem Recht in Stipulationsform, woraus denn eine neue Klage (actio ex stipulatu) hervorgeht, deren Durchführung noch insbesondere durch eine darüber ausgefertigte Urkunde (ebenfalls cautio genannt, cautio exposita[c]) gesichert werden kann; oder b) durch eidlich bestärktes Versprechen, welches den Verpflichteten wenigstens im Gewissen stärker bindet, cautio juratoria[d]. Das andere kann geschehen, entweder $\alpha$) durch Bürgschaft, wodurch dem Berechtigten die Möglichkeit gegeben wird, nöthigenfalls noch andere Personen, als den eigentlich Verpflichteten, wegen Befriedigung seiner Ansprüche zu belangen (cautio fideiussoria, satisdatio[e]), oder $\beta$) durch Pfandrechte, vermöge deren ihm der Werth bestimmter Sachen für seine Befriedigung Sicherheit gibt (cautio pigneratitia[f]). Auch kann $\gamma$) einer befürchteten Verletzung vorgebeugt werden durch Hinterlegung eines Gegenstandes bei einem Nichtbetheiligten, apud sequestrem, daher Sequestration[g]. Die Verbindlichkeit zur Cautionsleistung aber kann entweder durch Privatwillen, Vertrag oder letztwillige Verfügung, begründet sein, cautio *voluntaria*, oder durch Rechtsvorschrift[2], cautio *necessaria*[h]. Die Art der zu leistenden Caution bestimmt sich durch die Auslegung der betreffenden Bestimmung[i]; manche Personen sind aber in dieser Beziehung gesetzlich begünstigt[3].

2) Richterliche Verfügungen, und zwar a) missio in possessionem, Immission, Besitzeinweisung, d. i. ein richterliches Decret, wodurch Jemand ermächtigt wird, zur Sicherung von Rechtsansprüchen sich in den Besitz eines fremden Vermögens oder einzelner Vermögensgegenstände zu setzen, missio in possessionem bonorum oder rei[k]. Der Immittirte hat ein Recht auf Detention des Gegenstandes zum Zweck der Bewahrung und Beaufsichtigung[l], so lange der Grund der Immission besteht[4], und wird darin durch besondere Rechtsmittel geschützt[m]. b) Arrest (Civilarrest), d. i. eine richterliche Verfügung, wodurch Jemand zur Sicherung

[b] L. 1. §. 4..8. D. h. t. 46. 5. L. 2. §. 3. D. quod legat. 43. 3. [c] L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. [d] §. 2. J. h. t. 4. 11. [e] L. 1. D. h. t. 2. 8. L. 7. D. h. t. 46. 5. cf. L. 61. 188. §. 1. D. de V. S. [f] L. 4. §. 8. D. de fid. libert. 40. 5. L. 1. §. 9. D. de collat. 37. 6. [g] L. 7. §. 2. D. h. t. 2. 8. [h] L. 7. §. 1. D. h. t. 2. 8. [i] L. 3. Cod. de V. S. 6. 38. L. 4. §. 8. D. cit. cf. not. e. [k] Dig. quibus ex causis in possessionem eatur. 42. 4. cf. L. 4. D. de iurisd. 2. 1. X. de eo qui mittitur in possessionem causa rei servandae. 2. 15. in 6to. 2. 7. [l] L. 12. D. h. t. 42. 4. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. [m] Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4.

von Rechtsansprüchen eines Andern zeitweise in seiner persönlichen Freiheit oder in der Verfügung über Vermögensgegenstände beschränkt wird, Personal- oder Real-Arrest. Eine Art von Arrest ist die richterlich verfügte Sequestration[a], sequestratio necessaria[5].

Anm. [1] Man hat die Sicherheitsmittel der ersten Art, in sofern sie dazu dienen, die Proceßführung bis zum Urtheil zu erleichtern, processualische, die der zweiten Art, in sofern sie den materiellen Erfolg des als begründet anerkannten Rechtsanspruches zu sichern dienen, materielle Sicherungsmittel genannt. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855). §. 1. 2. Brinz 2. Aufl. I. §. 101. [Ueber Verbalcautionen vgl. noch Wächter §. 97.]

[2] Hierauf beziehen sich folgende Unterscheidungen: pr. J. h. t. 3. 18. Stipulationum aliae sunt iudiciales, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. §. 1. Iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio ..... §. 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum: praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae; nam et hae a iurisdictione veniunt. §. 3. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, id est, neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium .... §. 4. Communes stipulationes sunt, veluti: rem salvam fore pupilli (nam et praetor iubet rem salvam fore pupilli caveri, et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest) vel de rato stipulatio. — L. 1. pr. D. h. t. 46. 5. Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales, cautionales, communes. §. 1. Iudiciales eas dicimus, quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. §. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. §. 3. Communes sunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. §. 4. Et sciendum est, omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione. Vgl. Schlayer v. d. Cautionen im Civilprocesse, in Linde's Ztschr. n. F. IX. 1. 7. 10. Schirmer über die prätorischen Judicialstipulationen, mit besonderer Berücksichtigung der stipulatio iudicatum solvi, eine rechtshistorische Abhandlung, 1853. [Lenel d. ed. perpet. S. 105 fg., 407 fg. Kohler Ges. Abh. S. 158 fg.]

[3] Der Fiscus und Stadtgemeinden (respublicae) brauchen bei gesetzlicher Cautionspflicht nur promissorische Caution zu leisten, wo sonst Realcaution gefordert wird. L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. D. ut legat. serv. 36. 3. L. 3. §. 5. D. si cui plus. 35. 3. cf. L. 2. in f. (§. 1). D. de fundo dot. 23. 5. „fiscus semper idoneus successor ... et solvendo". Bei Proceßcautionen wird bloß juratorische Caution statt der realen gestattet solchen Personen, welche die letzte nicht zu leisten vermögen, Nov. 112. cap. 2. pr. in f. (jedoch wird hier ein beweglicher Streitgegenstand sequestrirt, L. 7. §. 2. D. h. t. 2. 8.); ferner dem Besitzer eines hinlänglichen unbeweglichen Gutes, mag er es auch nur zu emphyteutischem Recht haben, L. 15. D. 2. 8. L. 26. §. 11 (6). Cod.

[a] L. 7. in f. D. qui satisd. 2. 8. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. 43. 30. L. 21. §. 3. D. de appellat. 49. 1. cf. L. un. Cod. de prohibita sequestr. pecun. 4. 4. X. de sequestratione possessionum et fructuum. 2. 17. Clem. 2. 6.

de episcop. aud. 1. 4. L. 4. §. 4 (1). Cod. de sportulis. 3. 2., nach der Praxis auch wohl den Besitzern gewisser Sachgesammtheiten, und nach römischem Recht den personae illustres und gewissen hohen Beamten, L. 17. Cod. de dignit. 12. 1. L. 12. pr. Cod. de prox. scrin. 12. 19. L. 3. §. 3. in f. Cod. de priv. schol. 12. 29 (30).

[4] In einem Falle (damni infecti nomine) kann eine zweite Immission (ex secundo decreto) erfolgen, mit stärkeren Wirkungen, L. 7. pr. L. 15. §. 16. sqq. D. de damno inf. 39. 2. Unpassender Weise ist dies auch auf andere Fälle angewendet worden. Vgl. überhaupt Bachofen röm. Pfandrecht I. S. 281..480. Dernburg Pfandrecht I. S. 400..416. [Ueber die custodia des in poss. missus Pernice Labeo II. S. 343 fg.]

[5] Eine gründliche Untersuchung darüber (vgl. oben zu not. g.): Muther Sequestration und Arrest im röm. Recht. 1856. Vgl. Brinz in d. krit. Ueberschau IV. S. 303 fg. [R.C.P.O. §. 176 fg. J. Merkel über Arrest und einstweilige Verfügungen nach dem geltenden deutschen Proceßrecht. 1880.]

## §. 94.

## III. Selbsthülfe.

Sein gutes Recht darf man gegen Verletzung auch durch eigene Macht schützen[a], sofern diese nicht durch Rechtsvorschrift beschränkt ist und an sich rechtswidriger Handlungen sich enthält. Selbst Gewalt anzuwenden ist erlaubt zur Abwehr einer versuchten rechtswidrigen Aenderung bestehender Verhältnisse[b], sofern jene nur in den Schranken der Vertheidigung gegen drohendes Unrecht bleibt, d. i. Nothwehr, moderamen inculpatae tutelae[c]. Unerlaubt aber ist es, zur Befriedigung einer Forderung Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne richterliche Ermächtigung in Besitz zu nehmen; solche Eigenmacht soll nach einem decretum Divi Marci[d] die Forderung selbst vernichten; und dasselbe ist auch angenommen, wenn der Gläubiger den Schuldner zwingt, ihm etwas zu geben[e], oder zu jenem Zweck der Sache eines Dritten sich bemächtigt[f] oder der Kinder des Schuldners[g]. Nach einem andern Gesetz soll, wer sich eigenmächtig in den Besitz einer bisher von einem Andern besessenen Sache setzt, um sein Recht an derselben geltend zu machen, dieses Rechtes zum Vortheil des Andern verlustig sein, und, wenn er kein Recht hatte, nebst der Sache selbst auch noch deren Werth an diesen herausgeben[h]. Eine Ausnahme jedoch erleiden diese Bestimmungen, wenn die Eigenmacht

[a] L. 29. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 4. L. 3. D. de iust. et iure. 1. 1. L. 4. pr. L. 5. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 27. 28. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi. 43. 16. L. 1. Cod. quando liceat sine iudice se vindicare. 3. 27. cf. L. 9. Cod. sol. matr. 5. 18. [c] L. 1. Cod. unde vi. 8. 4. cap. 18. c. f. X. de homicid. 5. 12. [d] L. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48. 7. L. 13. D. quod met. c. 4. 2. [e] L. 12. §. 2. L. 13. D. l. c. 4. 2. [f] Nov. 52. cap. 1. [g] Nov. 134. cap. 7. [h] L. 7. Cod. unde vi. 8. 4. (a. p. Chr. 389). §. 1. J. vi bon. rapt. 4. 2. §. 6. J. de interd. 4. 15. cf. L. 10. Cod. l. c. cap. 18. de praebend. in 6to. 3. 4. R.G.O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. R.A. v. 1532. Tit. 3. §. 15.

wegen Unzulänglichkeit der richterlichen Hülfe angewendet wurde, um einen sonst drohenden und unwiederbringlichen Verlust abzuwenden[1].

Anm. [1] Ueber das Princip dieser Lehre: ob die Selbsthülfe als solche a priori, also der Regel nach, als Unrecht zu betrachten? Linde in seiner Ztschr. I. 21. Dagegen Benfey im Rh. Mus. VII. 1. Vgl. Puchta Vorles. (4. Aufl.) I. S. 180. „Das Princip — Eigenmacht und Selbsthülfe seien an sich schon etwas Widerrechtliches — ... ist ein modernes Princip, aus dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen". Schwarze im Rtslex. X. S. 125..145. J. Schmitt d. Selbsthülfe im röm. Privatr. 1868. Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 123. Brinz 2. Aufl. §. 82. [vgl. auch Bekker Rt. d. Bes. S. 275 fg. Wendt in d. dogm. Jahrb. XXI. 2. S. 56 fg., 113.; über das Wesen der Vertheidigung: S. 114 fg. (Drbr. Exner in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 56 fg.) Voigt die XII Tafeln I. §. 53.]

[2] Das decretum Divi Marci findet sich zweimal in Justinian's Digesten, beidemal derselben Schrift entnommen (Callistrat. lib. V. cognit.), aber dennoch in verschiedener Fassung, also einmal sicher interpolirt. L. 7. D. 48. 7. Creditores si adversus debitores suos agant, per iudicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, ius crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: *Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es;* et quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit; non puto autem nec verecundiae nec dignitati nec pietati tuae convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice temere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* — L. 12. §. 2. D. 4. 2. (Ulpian. ad Ed.) Julianus ait eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, hoc edicto non teneri, propter naturam metus causa actionis, quae damnum exigit: quamvis negari non possit, in Juliam eum de vi incidisse et ius crediti amisisse. L. 13. ibid. (Callistrat.) Extat enim decretum D. Marci in haec verba: *Optimum est ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris.* Quum Marcianus diceret: *vim nullam feci,* Caesar dixit: *tu vim putas solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris vel pecuniam debitam, non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice temere possidere vel accepisse, isque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non habebit.* Vgl. Linde und Benfey a. a. O. Sartorius in Linde's Ztschr. XX. 1. Mit Unrecht wird behauptet, daß das Decret sich nur auf bewegliche Sachen beziehe (Linde), daß es nicht auf den Schuldgegenstand selbst sich beziehe und nicht auf eine obligatio ex delicto anwendbar sei (Sartorius), daß der Verlust der Forderung nur per exceptionem eintrete (derselbe), und daß eine naturalis obligatio bestehen bleibe (derselbe und Benfey, Schwanert Naturalobl. S. 474.). Vgl. Windscheid §. 123. A. 3. Ohne praktisches Interesse ist der Streit, ob dasselbe auch Anwendung finde auf denjenigen, der nur glaubte eine Forderung zu haben, was Sartorius mit untriftigen

[1] L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

Gründen darzuthun sucht. Ueber Anwendung des Decrets bei zweiseitigen Obligationen vgl. Burchardi im civ. Arch. XVIII. 16. Windscheid a. a. O. Vangerow I. §. 133. S. 189. [Zu L. 7. C. 8. 4. (not. h.) vgl. Bekker a. a. O. S. 262 fg. Wendt S. 84 fg.] — Für die heutige gemeinrechtliche Anwendbarkeit dieser Privatstrafen: Linde S. 431 fg. Vangerow I. S. 190. vgl. not. h. a. E. Seuffert's Arch. XII. 4. XV. 97. [Brinz I. S. 268. Thon Rechtsnorm u. subj. Recht S. 33 fg.] Dagegen: [Schäffer im] prakt. Arch. I. S. 20. A. 18. „Ein Präjudiz des O.-A.-Gerichts zu Darmstadt spricht aus: die Privatstrafen, mit welchen das decretum Divi Marci und die spätern hierauf Bezug habenden römischen Gesetze die Selbsthülfe bedrohen, finden bei uns keine Anwendung." Seuffert's Arch. I. 220. vgl. X. 5. [Wächter §. 98. Note 1. Ein gewichtiges Argument für die Aufhebung dieser Privatstrafen darf darin erblickt werden, daß das Reichsstrafgesetzbuch die Selbsthülfe nicht mit Strafe bedroht, während es doch eine Anzahl von schwereren Fällen der Eigenmacht unter Strafdrohung gestellt hat; es hat also, indem es Bestimmungen über diese „Materie" aufnahm, doch wohl das ältere abweichende Recht beseitigen wollen. Einf.G. §. 2. in pr. Windscheid §. 123. Note 4. a. Mandry Reichsgeſ. S. 183 fg., 211. (2. Aufl. S. 260 fg., 296 fg.) Baron §. 77. a. E. Dagegen Dernburg I. §. 125. Note 2. Vgl. überhpt. Wendt S. 70 fg.]

## IV. Gerichtliche Geltendmachung der Rechte.

### §. 95.

Der regelmäßige Weg, auf welchem Rechte gegen Bestreitung und Verletzung Anderer geltend zu machen sind, ist Anrufung der richterlichen Gewalt des Staates, der Rechtsweg. Diese hat zunächst über das Dasein eines Rechts, sofern es streitig ist, zu entscheiden, und alsdann erforderlichen Falls auch durch Zwang Achtung dem anerkannten Rechte und Erfüllung der entsprechenden Verbindlichkeit zu erwirken. Dies ist die Aufgabe der bürgerlichen Rechtspflege. Die Thätigkeit der richterlichen Gewalt in dieser Sphäre muß aber angeregt werden durch Anrufung ihres Beistandes von Seite desjenigen, welcher in einem Rechte sich verletzt glaubt (Klage); worauf denn auch die Einwendungen der Gegenpartei zu vernehmen und durch weitere Verhandlungen die Streitpunkte festzustellen sind (Einrede, Replik u. s. w.). Alsdann muß die Wahrheit der behaupteten, aber noch streitigen Thatsachen, aus denen Recht oder Unrecht der Parteien sich ergibt, dargethan werden (Beweisführung), worauf dann die richterliche Entscheidung, das Urtheil, erfolgt. Die Darstellung dieses ganzen rechtlich geordneten Verfahrens bildet den Gegenstand einer besondern Rechtslehre, des Civilproceßrechts. Aber die Streitigkeit der Rechte und die Möglichkeit gerichtlicher Geltendmachung derselben, sowie das dadurch herbeigeführte gerichtliche Verfahren hat auf die Rechte selbst wichtigen Einfluß, und insofern ist die Lehre davon zugleich eine civilrechtliche.

[Anm. Vgl. Thon a. a. O. S. 223 fg. Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm. 1877. (Darüber Hey ßler in d. Wiener Ztschr. V. S. 600 fg., Bekker in d. krit. Vjschr. XX. S. 321 fg., Kassow in d. Beitr. z. Erläut. d. deutschen R. XXIII. S. 139 fg., Wach in d. Wiener Ztschr. VI. S. 515 fg., 593 fg.) A. S. Schultze Privatrecht und Proceß in ihrer Wechselbeziehung. Grundlinien einer geschichtlichen Auffassung des heutigen Civilproceßrechts I. 1883. (Drbr. Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 1 fg. (des Sep.Abdr.). — Vgl. auch L. Drechsler über die Begriffe Civilproceß und Rechtsstreit und ihr Verhältniß in den sog. Reichsjustizgesetzen, im civ. Arch. LXII. 12. S. 405 fg. Mandry Reichsges. S. 212 fg. (2. Aufl. S. 297 fg.)]

## A. Von Klagen und Einreden [1].

### §. 96.

### 1) Begriff und Voraussetzungen der Klagen [a].

Das Wort „Klage", actio, bezeichnet zunächst die Handlung einer Partei, wodurch die richterliche Hülfe zur Geltendmachung eines Rechts gegen einen bestimmten Gegner in Anspruch genommen wird, Klage im processualischen Sinn. Aber auch die mit einem Recht verbundene Möglichkeit, dasselbe auf diesem Wege geltend zu machen, wird unter Klage, actio, verstanden [b], das Klagrecht, Klage im civilrechtlichen Sinn [2], eine dem Recht inwohnende Macht gegenüber dem ihm widerstrebenden Willen Andrer seine Geltung zu behaupten [3]. Nur insofern für den Fall der Nichtachtung oder Verletzung desselben eine Klage gegeben ist, besteht ein Recht als vollkommen wirksames, sowie andererseits darin, daß unter bestimmten Voraussetzungen eine wirksame Klage zuerkannt wird, zugleich die Anerkennung eines Rechts, welches dadurch sich geltend mache, sich ausspricht [4]. Das Recht selbst ist der Grund der Klage [4a]; zu dieser aber wird immer auch eine Beziehung zu einem bestimmten Gegner (dem Beklagten) vorausgesetzt, gegen welchen der Berechtigte (wegen Nichtanerkennung seines Rechts oder Vorenthaltung dessen, was ihm kraft desselben gebührt) den Beistand der richterlichen Gewalt in Anspruch zu nehmen befugt ist. Insofern ist jedes Klagrecht einem obligatorischen Rechtsverhältnisse verwandt, wenngleich nicht jede Klage eine obligatorische Leistung des Gegners bezweckt, und stellt sich jenes als der gegen einen bestimmten Gegner gerichtete Rechtsanspruch, der zu selbständiger gerichtlicher Verfolgung geeignet ist, dar [5].

Anm. [1] Vgl. J. H. Böhmer doctrina de actionibus, zuerst 1710, [1765] neueste Ausg. 1787., W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen, besonders in Streitig-

[a] Inst. de actionibus. 4. 6. cf. Gai. IV. 1. et sqq. Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10. [b] pr. J. h. t. L. 51. D. h. t. cf. L. 37. pr. D. ibid. L. 178. §. 2. D. de V. S.

keiten der Landeigenthümer, 1833. 1840., vorzüglich aber Savigny System Bd. V. und Wächter Erört. II. S. 1..125. Dazu in geschichtlicher Beziehung: Keller der röm. Civilproceß §. 12 fg. §. 87 fg. Bekker d. Actionen d. röm. Privatr. 1871. 1873. (drbr. Muther in der krit. Vjschr. XV. S. 433 fg. XVII. S. 231 fg.) Brinz 2. Aufl. §. 78..92. [Vgl. noch Plósz Beiträge zur Theorie des Klagerechts. 1880. (Drbr. Baron in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 317 fg.). A. Brinkmann Die Begründung der Klagen des Reichsrechts u. des gemeinen Rechts nach dem Reichscivilproceß I. II. 1883.]

[2] pr. J. h. t. Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur. Cf. L. 178. §. 3. D. de V. S. Hoc verbum *debuit* omnem omnino actionem comprehendere intelligitur. — Brinz (1. Aufl.) §. 24. „In jedem vollkommenen Rechte (des Privatrechts) ist ein Klagrecht; von den Römern männlicher ius agendi genannt — eine Macht, sich selbsthandelnd (?) geltend zu machen..... Wir meinen das ius agere, die Macht der gerichtlichen Geltendmachung (actio)". Vgl. Hasse (jun.), über das Wesen der actio im Rh. Mus. VI. 1. 6. [Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen §. 3. Schultze Privatrecht und Proceß I. bes. S. 580 fg., 583, 599.]

[3] Der mehrfach angefochtene Ausdruck der 3. und 4. Ausgabe „ein Zusatz des Rechts", obwohl dabei nicht an eine bloß äußerliche Zugabe (Unger II. S. 354.) gedacht wurde, ist jetzt vermieden. Dagegen erklärte sich Böcking Inst. §. 181. A. 2. „Unrichtig bezeichnet Puchta §. 81. (u. Arndts §. 96.) ‚die Klage im materiellen Sinn' als 'das Annexum (Arndts ‚Zugabe') eines Rechts, einen Zusatz zu seinem Inhalt, nicht, wie manche geglaubt haben, ein Recht für sich.' Die Klage ist im subj. Sinn als Klagrecht das Recht selbst in seiner Bethätigung oder Thätigkeit sich geltend zu machen, im obj. Sinn als Klageanstellung, ‚Klagung' ist sie das Mittel zu jenem Zweck". Vgl. auch Demelius Untersuchungen aus dem röm. Civilrt. I. S. 128 fg. und Unger a. a. O., sodann Lenz Recht des Besitzes S. 40 fg., welcher seinerseits definirt: „Die Actio ist allerdings das subjective Recht selber: aber nur insofern als es gegen eine fremde und accidentelle Einwirkung in elastischem Gegendruck reagirt. Das Klagrecht ist die rechtliche Möglichkeit, vermöge deren die berechtigte Person die bestellten Organe des Rechtsschutzes anrufen kann, wenn sie zufällig durch Läsion von einem Dritten dazu provocirt wird. Es ist die Macht des subjectiven Rechts, den Verletzer durch die Organe der Gesammtheit zur Anerkennung seiner selbst zwingen zu können." [Gegen diese Auffassung sehr entschieden Degenkolb a. a. O. S. 9 fg.; vgl. auch Sohm in d. Wiener Zeitschr. IV. S. 468 fg. und Thon Rechtsnorm und subj. Recht S. 237 fg. Degenkolb erklärt es S. 13. 14. für unrichtig, daß „die herrschende Theorie den Begriff des Klagrechts wesentlich aus der siegreichen Klage abstrahirt," denn dabei bleibe der auch der unbegründeten Klage gegenüber bestehende Einlassungszwang (d. h. „die rechtliche Gebundenheit, auf angestellte Klage hin zum Zustandekommen, zur Entwicklung des Processes mitzuwirken durch eigene Erklärung oder die eines Vertreters" S. 16.) unerklärt. Vielmehr sei es (S. 34.) „ein Grundrecht über alle anderen," daß die Partei Gerichtsfolge gegen die Partei begehren könne. Allein selbst wenn man die Möglichkeit, grundlos zu klagen, ein Recht nennen wollte, wäre dieses (publicistische) „Grundrecht" ganz verschieden von dem hier in Frage stehenden Klagerecht als der Eigenschaft eines Anspruchs, wodurch sich z. B. die klagbare von der Naturalobl. unterscheidet. Vgl. noch Bierling z. Krit. d. jur. Grundbegr. II. S. 205 fg. Landsberg Die Glosse des Accursius S. 82 fg. Dafür, daß wenigstens im heutigen

Recht die Vertheidigung ein Recht, nicht eine Pflicht des Beklagten sei: Schultze a. a. O. S. 12 fg., 568 fg.]

4 Auf diese Weise sind bei den Römern (durch den Prätor) manchfaltige Rechte zur Ausbildung gekommen, welche iure civili nicht begründet waren. Man hat daher gesagt, daß nach römischer Anschauung die actio etwas Selbständiges gewesen sei, unabhängig von einem Recht, nicht Ausfluß desselben, nicht das von ihm Erzeugte. Windscheid die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, 1856. §. 1. Allein wenn der Prätor für gewisse Fälle verhieß: „actionem dabo", so kann man zwar wohl sagen, daß diese Verheißung, soweit sie als Rechtsnorm Bestand hatte, Rechte gewisser Art erzeugte oder vielmehr deren Möglichkeit unter bestimmten Voraussetzungen statuirte; aber die Actio, die darnach im concreten Fall Jemand beigelegt wurde, war doch nicht minder, wie in andern Fällen, Ausfluß eines Rechts, das nämlich nach jener Rechtsnorm begründet war, dieses Recht war auch hier dann „das Prius, das Erzeugende", die Klage, die der Prätor ohne Unrecht nicht mehr versagen konnte, das Erzeugte. War Actio „die Befugniß, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen", so ist doch vorausgesetzt, daß der Wille ein berechtigter war, und das war er kraft der in jener Verheißung der Actio enthaltenen Rechtsnorm. [Uebereinstimmend Wächter Pand. I. S. 503 und Note 9. Vgl. jetzt Wlassak Edict und Klageform 1882. (drbr. Bekker in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. S. 145 fg.) Schultze Privatr. u. Proceß I. S. 236 fg., 359 fg., 409 fg.]

[4a Anders Schultze a. a. O. S. 9: „Klagegrund kann immer nur ein Thatbestand sein."]

5 [Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 44 fg.] Windscheid in der angeführten Schrift versucht den Begriff des gerichtlich verfolgbaren Anspruchs als den der heutigen Rechtsanschauung allein entsprechenden im Gegensatz der römischen selbständigen Actio geltend zu machen, und will die übliche Theorie der Klagen im civilrechtlichen Sinn ganz beseitigt haben. Dagegen zuerst Dworzak in d. krit. Ueberschau V. 1., und unabhängig davon in einer besondern Schrift Th. Muther zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht u. s. w. 1857, gegen diesen aber wieder Windscheid „die Actio", (eine vielfach wohlbegründete) „Abwehr gegen Th. Muther." 1857, dann über den ganzen Streit E. Zimmermann in der Heidelb. krit. Ztschr. V. S. 461 fg. Kuntze in Schletter's Jahrb. V. S. 1 fg. Vgl. dazu Unger II. §. 108. 109. 113., besonders A. 7..9a. Seitdem hat Windscheid auch in den Pand. §. 43..48. 106..112. (vgl. §. 193..199. 217. 235.) nach oben angegebenem Gesichtspunkt die Lehre von den Ansprüchen ausgeführt, indem er von dem klagbaren Anspruch das Klagrecht im eigentlichen Sinn, als welches erst im Fall der Weigerung freiwilliger Befriedigung des Anspruchs eintrete, unterscheidet. Vgl. Bekker in krit. Vjschr. V. S. 399 fg. Prinz das allgemeine Actionenrecht od. d. Lehre v. Anspruche. 1870. [Thon a. a. O. S. 257 fg.: Anspruch „bezeichnet die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung überhaupt, und umfaßt sonach sämmtliche von der Rechtsordnung hierzu gegebene Mittel". Neuestens Schey in d. Wiener Ztschr. VII. S. 765 fg. „Jedes subj. Recht geht, formell genommen, auf in (einem oder mehreren) Ansprüchen", welche „mit jedem subjectiven Rechte sofort gegeben" sind, „nicht etwa erst aus dessen Verletzung" entspringen. Bierling z. Kritik der jur. Grundbegr. S. 33 fg., 49 identificirt geradezu die Begriffe Anspruch und subject. Recht.]

## 2) Arten der Klagen.

### §. 97.

#### a) Dingliche und persönliche Klagen.

Nach Verschiedenheit des Rechts, welches der Klage zum Grunde liegt, ist sie entweder *in personam actio*, personalis actio, persönliche Klage, oder *in rem actio*, dingliche Klage[a]. Das erste ist die Klage, welche auf ein Forderungsrecht sich gründet, ein Recht, dessen Wesen es ist, daß Jemand auf eine Leistung von Seiten eines bestimmten Andern Anspruch hat, das somit an sich schon zugleich die Person bezeichnet, gegen welche im Fall der Nichterfüllung der entsprechenden Verbindlichkeit die Klage sich richtet. Klagen, welchen ein Recht zum Grunde liegt, das an sich ohne Beziehung zu einer bestimmten andern Person besteht, heißen in rem actiones[1]; so die Klagen zur Geltendmachung dinglicher Rechte und des Erbrechts, actiones in rem *speciales*, und *de universitate* oder generales[b]. Da diesen Rechten an sich nur eine allgemeine negative Rechtspflicht aller Andern gegenübersteht, so ergibt sich daraus ein Anspruch gegen eine bestimmte Person, der durch Klage verfolgt werden könnte, erst durch Verletzung des an sich ohne besondere Beziehung zu dieser bestehenden Rechts[2]; daraus erst entsteht die in rem actio, gerichtet auf Anerkennung des Rechts, und folgeweise auf Beseitigung der Rechtsverletzung oder Leistung desjenigen, was dem Kläger darnach gebührt[3], in welcher Beziehung denn das Verhältniß des Beklagten als ein obligatorisches erscheint[c]. Eine Klage kann jedoch auch zunächst nur das zum Ziel haben, ein gewisses Verhältniß z. B. ein Familienverhältniß oder auch einen persönlichen Rechtszustand als wirklich bestehend gegen Bestreitung von Seiten eines Andern durch richterliches Urtheil zur Anerkennung zu bringen, ohne daß sich unmittelbar irgend welche vermögensrechtliche Leistung daran anknüpft, wenngleich jene für die spätere Geltendmachung bestimmter Ansprüche vorentscheidend sein mag. Eine solche Klage heißt praeiudicialis actio, Präjudicialklage[4], und wird ebenfalls unter den Begriff der in rem actio gestellt[d]; sie hat mit der Klage, die auf ein dingliches Recht sich gründet, gemeinsam, daß sie nicht von vornherein auf einen bestimmten Gegner beschränkt ist, sondern wegen desselben Verhältnisses gegen Jeden stattfinden kann, der ihm seine Anerkennung verweigert, die doch zu erwirken für den Kläger

[a] §. 1. J. h. t. Gai. IV. §. 1..3. 100. 106. L. 25. pr. D. h. t. L. 36. D. de V. S. [b] L. 1. pr. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 25. §. 18. D. de hered. pet. 5. 3. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. §. 1..7. J. h. t. Gai. IV. §. 16. 17. [c] §. 5. J. de except. 4. 13. [d] Gai. IV. 44. §. 13. J. h. t.

von rechtlicher Bedeutung ist und worauf daher dieser rechtlichen Anspruch hat[5]. Aber auch manche persönliche Klagen sind darin den dinglichen verwandt, daß sie nicht auf einen bestimmten Beklagten beschränkt sind, sondern gleich jenen gegen Jeden angestellt werden können, der in ein bestimmtes Verhältniß, z. B. Besitz einer Sache, eintritt, das für diesen die Obligatio erzeugt, auf welche die Klage sich gründet[e]; man nennt sie gewöhnlich, nach einem in einigen Fällen vorkommenden Ausdruck[f], actiones *in rem scriptae*[6].

Anm. [1] §. 1. J. h. t. Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quaque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est...; aut cum eo agit, qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. — Gai. IV. 1 ... quot genera actionum sint: verius videtur duo esse, in rem et in personam ... §. 2. In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis ... obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere. §. 3. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi ....: quibus casibus actio ex diverso adversario est negativa.

[2] Mit Unrecht bestreitet Savigny V. S. 16 fg., „daß das Dasein oder Nichtdasein einer Obligatio vor der Verletzung" das „unterscheidende Moment" einer actio in personam sei, weil bei Delictsklagen „die Verletzung mit der Entstehung der Obligatio zusammenfällt"; denn vgl. S. 286 A. q. „er verwechselt die in dem Delict selbst enthaltene Verletzung mit der unterlassenen Zahlung."

[3] Die persönliche Klage wird vorzugsweise actio und häufig die Actio anstatt des Forderungsrechts genannt, weil dieses schon an sich als (klagbarer) Rechtsanspruch gegen eine bestimmte Person sich darstellt; die dinglichen Klagen dagegen heißen insbesondere *vindicationes*, welche Benennung von dem alten Verfahren mit legis actio sacramento herrührt, und sofern sie auf Restitution von Seiten des Beklagten gerichtet sind, petitiones im vorzüglichen Sinn, womit die petitoria formula des ältern (Formular-) Verfahrens zusammenhängt. L. 28. D. h. t. L. 178. §. 2. D. de V. S., Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. cf. Gai. IV. 16. 92. Cic. in Verr. II. 12. Savigny S. 8. 21. 28 fg. In Betreff der confessoriae und negatoriae in rem actiones vgl. rubr. tit. D. si ususfructus *petatur* vel ad alium pertinere *negetur*. 7. 6. und si servitus *vindicetur* vel ad alium pertinere *negetur*. 8. 5.

[4] §. 13. J. h. t. Praeiudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt per quas quaeritur, an aliquis liber vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Gai. IV. 44. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et

[e] L. 9. §. 8. D. quod met. 4. 2. L. 3. §. 3. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 6. §. 5. L. 12. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 13. L. 7. pr. §. 1. D. quod vi. 43. 24. L. 1. §. 13. D. quod legat. 43. 3. §. 5. J. de noxal. act. 4. 8. [f] L. 9. §. 8. cit. cf. L. 4. §. 33. D. de doli exc. 44. 4.; L. 1. §. 3. D. de interd. 43. 1. L. 5. §. 13. cit.

aliae complures. Cf. Gai. III. 123. L. 30. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. — In rem actio hatte ursprünglich wohl eine engere Bedeutung, Gai. IV. 16. 17., die sich noch darin zu erkennen gibt, daß bisweilen darunter vorzugsweise die rei vindicatio verstanden wird, L. 23. pr. D. de rei vind. 6. 1. Derselbe Ausdruck ist aber dann allgemein zur Bezeichnung des absoluten Charakters einer Klage, im Gegensatz der persönlichen, gebräuchlich geworden, wofür sich auch anderweitig Analogien finden. L. 7. §. 8. L. 17. §. 5. D. de pactis. 2. 14. Auch fand auf die wichtigsten Präjudicialklagen, aus demselben Grunde, wie auf die vermögensrechtlichen in rem actiones (A. 3.), die Benennung vindicatio Anwendung. Das ältere römische Recht hatte übrigens noch eine Form der in rem actio, per *sponsionem*, welche dem Schein nach eine actio in personam, der That nach eine praeiudicialis actio war, die nur über das Dasein des Rechts eine Entscheidung erzielte, indem dabei die Verurtheilung des Beklagten zu entsprechenden Leistungen noch durch eine besondere Stipulation vermittelt werden mußte. Gai. IV. 93. 94. vgl. Hasse a. a. O. S. 154. Arndts Beitr. I. S. 24 fg. (civ. Schr. II. S. 329 fg.) Keller Civilproceß §. 26..29. Stintzing über das Verhältniß der legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis, 1853. Vgl. auch Buelow de praeiudicialibus formulis. 1859. und darüber krit. Vjschr. I. S. 192. — Ueber den Umfang des Begriffs der in rem actio überhaupt, insbesondere gegen die abweichende Ausführung von Duroi im civ. Arch. VI. 14. 18. (recte: 19.), vgl. Savigny V. §. 206. 207.; über den Gegensatz der actio in rem und in personam nach römischer und heutiger Auffassung Windscheid die Actio des röm. Civilrechts §. 2. und Pand. I. §. 43. 45. Bekker im Jahrb. IV. 6. Hesse in d. dogm. Jahrb. VIII. 2. [Wächter Erört. I. 4. In den Pand. I. S. 503. 504. unterscheidet er „nur drei Gattungen von Klagen, die auf eine condemnatio des Gegners gehen . . .: 1) personenrechtliche Klagen; 2) dingliche Klagen, aa. in rem, durch welche man ein persönliches oder Sachenrecht geltend macht, und 3) persönliche Klagen . . ., durch welche man eine Obligation geltend macht". Wenn man noch viele andere Gattungen von Klagen aufführt, so „werden dabei Gattungen der Klagen verwechselt mit Eigenschaften, welche den angeführten drei Gattungen der Klagen zukommen."]

[5] Präjudicialklagen konnten nach R. R. zum Zweck richterlicher Feststellung sehr verschiedenartiger Verhältnisse oder Umstände von rechtlicher Bedeutung angewendet werden (vgl. A. 4). Auch nach heutigem Recht ist die Zulässigkeit solcher Klagen zu gleichem Zweck nicht zu beanstanden. [Wächter Württ. Pr.R. II. S. 413 fg., Pand. I. S. 175. Note 9.] Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 279 fg. [2. Aufl. S. 314 fg.] und in d. dogm. Jahrb. I. S. 483 fg. Windscheid a. a. O. S. 17 fg. und Pand. I. §. 45. a. E. („In wie fern ein solches Begehren zulässig sei, ist eine Frage für sich, daß es bloß bei den sog. Statusklagen zulässig sei, eine durch nichts unterstützte Behauptung"). In Bezug auf obligatorische Rechtsansprüche insbesondere war nach R. R. auch eine persönliche Klage auf Anerkennung von Seiten des Beklagten, welche dieser durch förmliches Versprechen zu bethätigen hatte, bloß zum Zweck der Sicherung künftiger Geltendmachung, möglich. L. 41. D. de iud. 5. 1. L. 38. pr. D. pro socio. 17. 2. Nach heutigem Recht wird auch hier durch das richterliche Urtheil allein dieser Zweck erfüllt, und stellt sich daher auch in diesen Fällen die Klage als eine bloße Präjudicialklage dar. Bähr a. a. O. S. 281 fg. [2. Aufl. S. 316 fg. Die R.C.Pr.O. §. 231. (vgl. auch §. 72. 253. 764.) hat unzweifelhaft die Tendenz „das bisherige Actionensystem durch allgemeinere und erleichterte Zulassung

von Feststellungs- (Anerkennungs-, Präjudicial-) Klagen zu erweitern." Sie läßt nämlich Klagen dieser Art zu, „wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde." Doch ist „eine generelle Anerkennung aller und jeder logisch denkbaren Feststellungsklage freilich nicht in der C.Pr.O. enthalten." Mandry Reichsges. S. 216..223. (2. Aufl. S. 302..309.) Degenkolb a. a. O. S. 131 fg. Weismann die Feststellungsklage, 1879. (vrbr. Kohler in d. krit. Vjschr. XXII. S. 379 fg.) Bähr Urtheile d. Reichsgerichts Nr. XVI. S. 143 fg. Vgl. noch Herzog über die Begründung d. negativen Feststellungsklage, in Böhlau's Mag. III. S. 320 fg.]

6 Der Ausdruck actio in rem scripta kommt in den Quellen nur einmal, nicht als technischer, vor. L. 9. §. 8. D. 4. 2. Quum autem haec actio *in rem* sit *scripta*, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, etc.; aber vgl. L. 1. §. 3. D. 43. 1. Interdicta omnia, licet *in rem* videantur *concepta*, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 5. §. 13. D. 43. 24. Et quum interdictum sic sit scriptum: *quod vi aut clam factum est*, non ita: *quod vi aut clam fecisti*, latius porrigi. — Schmidt (von Ilmenau) Abh. I. 1. Vgl. Savigny S. 24..28. Mit Unrecht nimmt übrigens der letzte auch umgekehrt eine Ausnahme von der Regel bei einigen in rem actiones an, „die nur gegen bestimmte einzelne Personen angestellt werden können"; nämlich bei der hereditatis petitio nach L. 9. D. de her. pet. 5. 3., bei der Pauliana in rem actio nach L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. §. 6. J. de act. 4. 6., bei der Vindication der Dotalsachen nach L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. Diese Fälle sind auf andere Weise zu erklären. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 211. (civ. Schr. II. S. 280 fg.) Schröter in Linde's Ztschr. VI. S. 141. Puchta §. 142. not. f. und unten §. 228. 411. 531. Windscheid §. 43. A. 6. §. 45. A. 6.

7 Von drei Klagen, actio communi dividundo, familiae erciscundae und finium regundorum, heißt es, daß sie *mixtam causam* obtinere videntur, tam in rem quam in personam. §. 20. J. h. t. Diese sogenannten Theilungsklagen (iudicia divisoria) sind aber in Wahrheit actiones in personam, L. 1. §. 1. c. d. (1.) Cod. de annali except. 7. 40. L. 1. D. fin. reg. 10. 1. Jener Ausdruck erklärt sich daraus, daß nach älterem Verfahren die Formula dieser Klagen neben der in personam gerichteten Intention einen in rem lautenden Bestandtheil enthielt, wodurch der Richter zur adiudicatio ermächtigt wurde. Gai. IV. 42. §. 4..7. J. de off. iud. 4. 17. Puchta Inst. §. 167. A. k. Vgl. jedoch Savigny S. 36. [Degenkolb a. a. O. S. 67 fg.] In einem andern Sinn wird auch die hereditatis petitio einmal mixta personalis actio genannt. L. 7. pr. Cod. de pet. her. 3. 31. Vgl. Löhr Mag. IV. 2. Arndts im Rh. Mus. II. S. 141. (civ. Schr. I. S. 136) fg.

## §. 98.

### b) Ersatzklagen und Strafklagen.

Unter den vermögensrechtlichen Klagen zeigt sich ein bemerkenswerther Unterschied darin, daß die einen nur bezwecken, die Verletzung, welche zur Klage Anlaß gibt, wieder aufzuheben, also dem Kläger dasjenige zu verschaffen, was ihm gebührt, um sein Vermögen in dem Stande

zu erhalten, in welchem dasselbe abgesehen von jener Verletzung sich befinden würde, während die *anderen* (zur Bestrafung für die begangene Rechtsverletzung) auf eine Leistung des Beklagten gerichtet sind, welche dem Kläger eine Bereicherung über jenen Bestand seines Vermögens hinaus gewährt. Klagen der letzten Art heißen *Strafklagen*, actiones *poenales* oder poenae persequendae causa comparatae; Klagen der ersten Art dagegen sind rei persequendae causa comparatae, nach moderner Terminologie *reipersecutoriae*[1]; man kann sie füglich *Ersatzklagen* nennen, indem dadurch dem Kläger nur gewährt oder ersetzt werden soll, was ihm widerrechtlich von seinem Vermögen vorenthalten wird[2]. Es gibt aber auch Klagen, die zugleich den einen und den andern Zweck verfolgen, *gemischte* Klagen, *mixtae* actiones, id est, tam rei quam poenae persequendae causa comparatae[a]. Sowohl gemischte als reine Strafklagen können zum Gegenstande den mehrfachen Betrag des dem Kläger gebührenden Ersatzes haben, actiones in duplum, in triplum, in quadruplum[b]; bei *einer* gemischten Klage besteht das strafende Element in der Zugrundlegung einer den Kläger bevortheilenden Schätzung des Schadens[c]. Manche Klagen aber haben das Eigenthümliche, daß sie nachträglich noch durch einen hinzukommenden Umstand einen Strafzusatz erhalten können, entweder weil der Beklagte es bis zur richterlichen Verurtheilung[d] oder nur bis zum Proceß[e] kommen läßt, oder in Folge der Abläugnung des klägerischen Rechtsanspruchs[f], indem lis infitiando crescit in duplum[3]. Im heutigen Rechte sind indessen die meisten Strafklagen der einen und andern Art, soweit sie dieses sind, unpraktisch geworden. Vom Standpunkte des Beklagten können aber auch solche Klagen als Strafklagen angesehen werden, welche dem Kläger nur, was ihm durch rechtswidrige Handlung des ersten am Vermögen entzogen ist, wieder verschaffen sollen', für ihn also nur Ersatzklagen sind[g], insofern nämlich für diesen Zweck der Beklagte nicht blos widerrechtlich Angemaßtes oder Gewonnenes herauszugeben, sondern selbst auf Kosten und mit Verminderung seines ursprünglichen Vermögens Ersatz zu leisten und somit als Folge seiner Rechtswidrigkeit einen positiven Verlust zu erleiden hat. Auch diese Klagen[4] heißen im weitern

[a] §. 16..19. J. h. t. Gai. IV. 6..9. cf. §. 9. J. de lege Aquil. 4. 3. §. 1. J. de perpet. 4. 12. L. 111. §. 1. D. de R. J. L. 21. §. 5. D. de act. rer. amot. 25. 2. [b] §. 21..25. J. h. t. [c] §. 9. J. de lege Aquilia. 4. 3. [d] §. 27. J. h. t. L. 14. §. 1. D. quod met. 4. 2. L. 1. pr. D. de publicanis. 39. 4. [e] §. 19. in f. §. 26. in f. J. h. t. [f] §. 23. 26. J. h. t. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 7. D. de solut. 46. 3. cf. Gai. IV. 9. 171..173. Pauli sentt. I. 19. Nov. 18. cap. 8. [g] L. 4. §. 6..L. 7. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. L. 27. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. §. 8..L. 11. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 1. §. 8. D. ne vis fiat. 43. 4.

Sinne poenales actiones[h], im Gegensatze zu welchem sich dann der Begriff der reipersecutorischen Klagen verengt[i].

Anm. [1] Vgl. Kierulff I. S. 220..230. Savigny §. 210..212. Brinz 1. Aufl. S. 52 fg. (2. Aufl. §. 85). [Thon Rechtsnorm S. 19 fg., 59 fg. Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 399 fg.] Mit Rücksicht auf diesen Unterschied wird condemnatio in rem der condemnatio in poenam entgegengesetzt. L. 22. §. 3. Cod. de furt. 6. 2.

[2] Vgl. Brinz a. a. O. Savigny nennt sie erhaltende Klagen. Den einen wie den andern Ausdruck verwirft Windscheid a. a. O. S. 23., und bezeichnet die actiones quae rem persequuntur nur negativ als diejenigen, welche auf etwas Anderes als Strafe gehen, oder will vielmehr vom Standpunkt des heutigen Rechts nur von einem Gegensatz von Strafansprüchen und solchen, die auf etwas Anderes als Strafe gehen, gesprochen haben.

[3] Vgl. Rudorff über die Litiscrescenz, in der Ztschr. für geschichtl. Rtsw. XIV. 9. [Unten §. 252.]

[4] Savigny nennt sie „einseitige Strafklagen" im Gegensatze von zweiseitigen; Sintenis §. 29. „uneigentliche Strafklagen." Brinz aber will eine Ausdehnung des Begriffs der Strafklagen hier nicht zugeben, indem sich dieser überall nur darnach bestimme, ob die actio poenae nomine concepta sei, obwohl es möglich sei, daß die einmal als Poenalklage aufgestellte Actio „et rei contineat persecutionem". Die Stellen in not. g..i, mit einander verglichen, widerlegen ihn. Obwohl von der in L. 4. §. 6. cit. genannten Klage gesagt wird: „haec actio poenalis non est", so ist sie doch eben so wohl poenalis actio, wie die in den andern Stellen genannten Klagen, und in demselben Sinne, wie diese, denen sie auch in jeder Beziehung gleichgestellt wird. [Gegen die Bezeichnung dieser Klagen als „Strafklagen" sehr bestimmt Wächter I. S. 465 fg., 469 fg. Wendt S. 403.] — Eine andere Strafwirkung war bei manchen Klagen die Infamie, daher *famosae* actiones (§. 31.)

## §. 99.

### c) Einseitige und doppelseitige Klagen.

Gewöhnlich stehen in einem Streitverhältniß die Parteien, Kläger und Beklagter, in wesentlich verschiedener Stellung einander gegenüber; der eine will Zuerkennung eines Rechts, beziehungsweise Verurtheilung des Beklagten, dieser will Abweisung des Klägers; die Klage ist schlechthin einseitig, actio *simplex*. In gewissen Fällen aber nehmen beide Parteien wesentlich dieselbe Stellung ein, uterque actor est, et rei et actoris partes sustinet; die eine wie die andere kann verurtheilt werden; die Rolle des Klägers, d. i. desjenigen, qui primus ad iudicium provocavit, ist nur formell von der des Beklagten unterschieden. In Fällen dieser Art, wozu vorzüglich die drei Theilungsklagen gehören (§. 97. Anm. 7.), heißt die Klage *duplex* actio, doppelseitige Klage, oder mixta

[h] L. 1. §. 8. D. l. c. cf. L. 26. D. de O. et A. 44. 7. [i] L. 35. pr. D. l. c. L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. de vi. 43. 16. cf. L. 7. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1.

actio in diesem Sinn[a]. Nicht zu verwechseln damit ist der Gegensatz von *directa* und *contraria* actio, Klage und Gegenklage (nicht Widerklage im processualischen Sinn, reconventio); dieser beruht darauf, daß in gewissen obligatorischen Verhältnissen zunächst und hauptsächlich nur eine Partei, gegen welche deshalb directa actio stattfindet, verpflichtet erscheint, dieser aber aus demselben Rechtsverhältniß eine Gegenforderung erwachsen kann, die sie durch contraria actio einklagen mag[b]; hier sind zwei selbständige Klagen, nicht eine doppelseitige, gegeben.

Anm. Mit Unrecht behauptet Windscheid die Actio des röm. Civilrechts S. 27. A. 3., und in der Abwehr gegen Muther S. 40 fg., daß im heutigen Recht der Charakter der actio duplex keine Bedeutung mehr habe, weil in Folge derselben der Kläger doch nicht ohne Antrag des Beklagten verurtheilt werden könne, auf Antrag desselben aber dieses in allen Fällen möglich sei, da dem Beklagten freistehe, als Reconvenient aufzutreten. Er übersieht, daß dies in Ansehung der processualischen Verhandlung einen Unterschied macht. In Ansehung der Theilungsklagen widerlegt er sich zudem selbst, indem er zugibt, daß die eine Partei auch ohne Antrag der andern zum Ersatz für das ihr Adjudicirte verurtheilt werden könne. Wäre übrigens seine Bemerkung richtig, so würde sie auch schon für das neuere römische Recht gelten. Vgl. Unger II. §. 131. A. 25. 26. Dagegen aber wieder Windscheid Pand. §. 127. A. 2. Eck d. sog. doppelseitigen Klagen des röm. u. gem. deutsch. Rechts 1870. (vrbr. Göppert in d. krit. Vjschr. XIV. S. 532 fg. [und Wendt (s. §. 129. A. 1.) S. 207 fg.]) Brinz 2. Aufl. §. 89. [Ueber act. contr. s. noch Pernice Labeo II. S. 315 fg.)

## §. 100.

### d) Historisch bedeutende Eintheilungen der Klagen.

Im römischen Recht kommen noch verschiedene Eintheilungen der Klagen vor, welche theils schon im Justinianischen Recht nicht von materieller Bedeutung waren, theils im heutigen Recht solche Bedeutung nicht mehr haben. Es werden nämlich unterschieden:

1) *Civiles* und *honorariae* (praetoriae, aedilitiae) actiones, nach Verschiedenheit der Rechtsquelle, wodurch sie eingeführt waren[a].

2) *Directa* und *utilis* actio, je nachdem eine Klage in dem ursprünglich beschränkten Gebiet ihrer Anwendung oder durch Ausdehnung auf andere Fälle in weiterem Umfang gegeben wird[b]. Die Bezeichnung einer Klage als utilis actio ist insofern bedeutend, als dadurch ange=

[a] L. 37. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 10. D. fin. reg. 10. 1. L. 2. §. 3. L. 44. §. 4. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. L. 3. §. 1. D. uti poss. 43. 17. §. 7. J. de interd. 4. 15. cf. L. 13. 14. D. de iud. 5. 1. L. 2. §. 1. D. comm. div. 10. 3. [b] L. 17. §. 1. L. 18. §. 4. D. commodati vel contra. 13. 6. cf. rubr. tit. D. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7., depositi vel contra. 16. 3., mandati vel contra. 17. 1. L. 6. §. 7. D. de his qui not. inf. 3. 2. — *Contrarium iudicium* in anderer antiquirter Bedeutung: Gai. IV. 177..179.

[a] L. 28. pr. D. de legat. I. (30). §. 3..12. J. h. t. 4. 6. Cod. de aedilitiis act. 4. 58. [b] L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 16. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 46 (47). §. 1. D. de neg. gestis. 3. 5. cf. Gai. IV. 34..38. Ulp. XXVIII. 12.

deutet wird, daß sie in ihren Wirkungen nach Analogie der vorbildlichen directa actio zu beurtheilen ist[c]. Ein verwandter Begriff ist der der *in factum* actiones.

3) *Actiones* im engern Sinn oder *ordinariae*, *extraordinariae* actiones (von denen die vermögensrechtlichen unter dem Ausdruck persecutio[d] begriffen waren), und *interdicta*. Diese Unterscheidung beruhte auf einer später weggefallenen Verschiedenheit des Verfahrens. Die ersten waren Klagen, in Folge deren die Entscheidung, nach der Einleitung des Rechtsstreites vor dem Magistratus (in iure), an einen Judex überging (iudicium); extraordinariae solche, bei denen der Magistrat selbst definitiv entschied[e]. Die Interdicte aber waren ursprünglich Befehle, welche der Prätor sofort auf Antrag einer Partei erließ, ein Gebot (decretum) oder ein Verbot (interdictum im engern Sinn), welche aber, wenn der Gegner Widerspruch entgegensetzte, nur zur Einleitung und Grundlage eines weitern Verfahrens dienten[f]. Nachdem in späterer Zeit dieses Verfahren außer Gebrauch gekommen, gründeten sich nun auf die im Edict im Allgemeinen ausgesprochenen Interdicte eigene Klagen, interdicti actiones[g], die noch jetzt insbesondere Interdicte genannt werden[h]. Sie dienen theils ein materielles Recht zu schützen (proprietatis causam habent), theils einen bloß factischen Zustand oder die Ausübung eines Rechts (possessionis causam habent[i]); die ersten concurriren in einigen Fällen mit einer actio aus demselben Rechte und werden dann in der Praxis als bloß provisorische Rechtsmittel behandelt, die eine Entscheidung nur einstweilen nach bloßer Wahrscheinlichkeit bewirken, so daß nachher noch über denselben Streitgegenstand die actio stattfinde. Ihrem Zweck nach werden die Interdicte eingetheilt in prohibitoria, restitutoria und exhibitoria, sodann mixta interdicta[k], eine Unterscheidung, die sich früher auf den verschiedenen Inhalt des prätorischen Befehls bezog, materiell aber, ebenso, wie der Unterschied zwischen interdicta simplicia und duplicia[l] auch auf andere Klagen, wenn auch nicht als allgemeine Eintheilung derselben, angewendet werden kann.

4) *Stricti iuris* (oder stricti iudicii) und *bonae fidei* actiones, *arbitrariae* actiones. Der letzte Ausdruck bezeichnet eine Reihe von restitutorischen oder exhibitorischen, theils persönlichen, theils dinglichen

[c] L. 17. §. 3. D. de usufr. 7. 1. L. 16. 19. pr. D. de instit. act. 14. 3. [d] L. 178. §. 2. D. de V. S. L. 28. D. de O. et A. 44. 7. L. 2. §. 3. D. de hered. vend. 18. 4. [e] Dig. de (variis et) extraordinariis cognitionibus. 50. 13. L. 47. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 2. Cod. de ped. iud. 3. 3. pr. J. de succ. sublat. 3. 12. §. 8. J. de interd. 4. 15. [f] Gai. IV. 138..170. [g] pr. §. 8. J. de interdictis. 4. 15. et Theophil. ad h. loc. L. 3. 4. Cod. de interd. 8. 1. L. 17. Cod. de act. emt. 4. 49. [h] Dig. de interdictis sive extraordinariis actionibus quae pro his competunt. 43. 1. Cod. 8. 1. [i] L. 2. §. 1..3. D. l. c. [k] L. 1. §. 1. D. l. c. [l] L. 2. pr. D. l. c. (§. 99. not. a.)

Klagen, bei welchen nach älterem Verfahren der Richter durch einen besondern Zusatz in der Formula angewiesen wurde, zunächst zu bestimmen, was der Beklagte eigentlich zu leisten hatte, und dann erst wegen Erfolglosigkeit dieser Auflage denselben zu entsprechender Geldzahlung zu verurtheilen[m]. Diese haben aber ihre eigenthümliche Bedeutung wesentlich schon im Justinianischen und vollends im heutigen Rechte verloren, indem nun die Verurtheilung des Beklagten immer zunächst auf den eigentlichen Gegenstand der Klage gerichtet und dieses Urtheil auch, soweit möglich, zwangsweise vollzogen wird, also nur subsidiär Ersatzleistung in Geld eintritt. Auch der im Justinianischen Recht noch in verschiedenen Beziehungen wichtige Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones, welcher in der strenger beschränkten oder freieren Behandlung und Beurtheilung der Klagsachen beruhte, und mit der strengeren oder freieren Natur der den Klagen zum Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisse zusammenhing[n], ist im heutigen Rechte verschwunden, indem die freiere Behandlung in allen Fällen zur Regel geworden ist.

5) Actiones *privatae* und *populares*. In manchen Fällen gestattet nämlich das römische Recht einem jeden Bürger, als Stellvertreter der Gesammtheit gegen den Uebertreter einer im öffentlichen Interesse gegebenen Rechtsvorschrift eine Klage anzustellen, deren Erfolg zwar zum Vortheil des Klägers ist, die ihrem Grunde nach aber nicht aus einer Privatrechtsverletzung entspringt, und daher popularis oder publica actio heißt[o]. Heutzutage sind solche Klagen nicht mehr üblich; die Obrigkeit schreitet von Amtswegen ein.

Anm. Vgl. überhaupt Keller Civ. Pr. §. 22. 74 fg. 81. 88. 89. 92., insbes. [über Nr. 1. 2.: Schultze Privatrecht und Proceß I. S. 239 fg., 375 fg., 385 fg.]; über Nr. 1 .. 3: Savigny V. §. 218 .. 217., Wächter Erörtr. II. 8. 10.; über die Interdicte Savigny Besitz §. 34. Bethmann Civilproc. II. §. 98. und vorzüglich K. A. Schmidt das Interdictenverfahren der Römer, 1853; über bonae fidei und stricti iuris actiones (condictiones), dann arbitrariae actiones: Savigny V. Bd. §. 218 .. 228., nebst Beil. XIII. XIV., Wächter a. a. O. II. 9. 11. [Pand. §. 111. Beil. I.] Bethmann II. §. 93. 94.; über die heutige Anwendung Savigny §. 224. Wächter Erörtr. S. 112 .. 125. Sintenis I. §. 29. a. E. und A. 44. Die Ansicht, daß der letztgenannte Unterschied nicht mehr praktisch sei (vertheidigt unter andern schon von Andreae praes. Gundling, de usu practico actionum bonae fidei. Hal. 1724, in neuerer Zeit nur von Wenigen, z. B. Roßhirt Ztschr. I. S. 88 fg.. Liebe die Stipulation S. 93., noch angefochten), ist durch obige Ausführungen vollkommen befestigt. Vgl. aber auch noch Windscheid Pand. §. 46. [Nach Baron d.

[m] §. 31. J. h. t. 4. 6. cf. L. 14. §. 4. D. quod met. causa. 4. 2. L. 68. D. de rei vind. 6. 1.
[n] §. 28 .. 30. J. h. t. Gai. IV. 62. [o] Dig. de popular. action. 47. 23. cf. L. 43. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 30. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 32. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 56. §. 3. D. de fideiuss. 46. 1. L. 12. pr. D. de V. S.

Condict. 1881. war die condictio die abstracte (die causa verschweigende) Klage des class. Processes für jeden civilen persönlichen Anspruch, ob nun stricti iur. oder bon. fid. u. s. w. Ueber das Wesen der arb. act. vgl. noch Gimmerthal d. Eig. im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts und die aa. arb. insbes. 1874 (dazu Kohler Ges. Abh. Nr. 4. S. 75 fg.); Lenel Beitr. z. Kunde des prät. Ed. S. 79 fg. In einem besondern Sinn war arbitraria die a. de eo quod certo loco (§. 221. A. 4.): Lenel das ed. perpet. S. 194 fg.] Ueber die Popularklagen: Puchta §. 35a. Böhmer de action. sect. II. c. 4. §. 71. c. 11. §§. 17. 18. 32..34. [Savigny II. S. 131 fg. 217.] Bruns i. d. Ztschr. f. Rechtsgesch. III. S. 341..415. [= Klein. Schr. I. S. 313..375.] (vgl. §. 332). — Eine tabellarische Uebersicht gibt: Arbor actionum .... iterum edita, illustrata ab Aloysio Brinz, 1854.

### 3) Von Einreden und Gegeneinreden[a].

## §. 101.

### a) Begriff.

Der Beklagte kann sich gegen die Klage vertheidigen, indem er entweder 1) die Thatsachen, wodurch das angebliche Recht des Klägers begründet sein soll, schlechthin läugnet, oder 2) andere Thatsachen anführt, aus denen sich ergibt, daß jenes Recht gleichwohl nicht entstanden oder später wieder aufgehoben sei, also gegenwärtig gar nicht bestehe, oder 3) auf ein entgegenstehendes Recht sich beruft, vermöge dessen die Klage, wenngleich das ihr zum Grunde liegende Recht an sich bestehe, gleichwohl nicht mit Erfolg gegen ihn angestellt werden könne. Die beiden ersten Arten der Vertheidigung kommen darin überein, daß sie das gegenwärtige Dasein des Rechts des Klägers ganz verneinen, während die letzte dem Rechte ein Recht entgegensetzt, kraft dessen die Wirksamkeit der aus jenem hervorgehenden Klage überhaupt oder zur Zeit ausgeschlossen wird. Eine Einwendung dieser Art ist Exceptio[b], Einrede im engern Sinne; im weitern Sinn begreift man im heutigen Proceßrecht unter Einrede auch Einwendungen der zweiten Art, die mit den eigentlichen Exceptionen darin zusammentreffen, daß dem Beklagten der Beweis derselben regelmäßig obliegt[c]. Exceptio im materiellen (civilrechtlichen) Sinn (ius exceptionis), entsprechend dem Klagrecht, ist also ein dem letzten entgegenstehendes Recht, wodurch dieses, wenngleich an sich begründet, ganz oder theilweise unwirksam gemacht wird[d]. In gleicher Weise kann nun aber der Exceptio von Seiten des Klägers eine Gegeneinrede, replicatio, entgegenstehen, exceptionis exceptio oder contraria exceptio, wodurch die Wirkung der Exceptio beseitigt, also die der Klage

[a] J. de exceptionibus. 4. 13. de replicationibus. 4. 14. Dig. de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis. 44. 1. Cod. de exceptionibus sive praescriptionibus. 8. 35 (36). [b] pr. J. h. t. Gai. IV. 116..118. [c] L. 1. D. h. t. L. 9. 19. pr. D. de probat. 22. 3. L. 19. Cod. eod. 4. 19. cf. L. 1. Cod. ibid. [d] L. 2. pr. §. 2. D. h. t.

aufrecht erhalten wird, und ebenso der Replik wiederum von Seiten des Beklagten eine Duplik, duplicatio u. s. w.*

Anm. [1] Im ältern Verfahren, per formulas, trat das Wesen der Exceptio sichtbar hervor, indem sie als eine Ausnahme oder Beschränkung der Condemnatio ausdrücklich in die Formula eingeflochten wurde, damit der Judex darauf Rücksicht nehmen müsse; ebenso die Replicatio, als Gegensatz gegen die Exceptio, z. B.: *Si paret N. Negidium A. Agerio decem dare oportere, si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur, aut si postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret, Numerium Negidium A. Agerio decem condemna*; nicht aber z. B. .. *dare oportere, si A. Agerio ea pecunia soluta non est*, was eine sog. exceptio solutionis sein würde. Gai. IV. §. 116. 119. 126. Darauf bezogen sich die Ausdrücke: postulare oder petere und dare oder addere exceptionem u. dgl.; es war exceptio im formellen Sinn des damaligen Verfahrens. Aber das Recht der Exceptio war nicht abhängig davon, konnte vielmehr, wenn es unbestritten war, schon in iure Abweisung des Klägers (denegatio actionis) begründen, L. 7. §. 6. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 9. pr. §. 5. D. de iureiur. 12. 2., und es war Regel: bonae fidei iudiciis inesse doli mali exceptionem, sc. *si non dolo malo A. Agerii in ea re aliquid factum sit neque fiat*, d. h. hier bedurfte es keiner formellen Exceptio. L. 21. D. soluto matr. 24. 3. L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 3. D. de rescind. vend. 18. 5. Fragm. Vat. §. 94. Puchta Inst. §. 170. [8. Aufl. I. S. 513 fg. Lenel Ursprung und Wirkung der Except. §. 9. 10.] Nachdem nun im neuern Verfahren Exceptionen in jenem formellen Sinn überhaupt nicht mehr vorkamen, hieß *datur exceptio* nichts anders als: es findet ein Exceptionsrecht statt. Wenn Manche behauptet haben, daß im neuern römischen oder doch im heutigen Recht der Unterschied zwischen Exceptio im eigentlichen und im weitern Sinn, zwischen der Unwirksamkeit der Klage per exceptionem und ipso iure, weggefallen sei (Albrecht die Exceptionen des gemeinen Civilprocesses, 1835. vgl. auch Völderndorff in Linde's Ztschr. n. F. XI. 10. [ebenso mehrere der am Ende dieser Anm. Genannten und neuestens Schwalbach in den dogm. Jahrb. XIX. S. 34 fg.]), so beruht dieses theils auf einer Verkennung des Unterschiedes zwischen Exceptio in jenem formellen Sinn und Exceptionsrecht, theils auf unrichtiger Begränzung des Gebietes der Exceptionen (§. 102). Savigny §. 225 .. 229. Uebrigens kommen die Ausdrücke exceptio und excipere zwar auch im römischen Rechte schon bisweilen in weiterer Bedeutung vor, L. 18. §. 2. D. de probat. 22. 3. (excepit *se non respondisse*), L. 14. §. 2. Cod. de contrah. stip. 8. 37 (38). (testes omni exceptione maiores), L. 30. §. 2. (L. 30.) Cod. de iure dot. 5. 12. (temporalis exceptio sive per usucapionem inducta sive per decem vel viginti annorum curricula); aber regelmäßig und technisch sind sie in der engern Bedeutung gebraucht. Savigny S. 162. A. f. S. 167. A. o. Doch ist neuerdings überzeugend dargethan, daß auch nach älterem römischem Proceß schon in einer formula in factum concepta selbst solche Thatsachen, die unter Nr. 2. des Textes fallen, formell als Exceptionen concipirt wurden und somit den Einreden im heutigen Sinn wesentlich gleich waren, und nur bei der formula in ius concepta das oben bezeichnete Wesen der Exceptio durchaus sich bewährt. A. Thon in d. Ztschr. für Rechtsgesch. II. S. 239 .. 310. Indessen ist nichts desto weniger der angegebene civilrechtliche Unterschied zwischen den Fällen unter Nr. 2. und 3. festzuhalten; denn ein Anspruch, welcher gar nicht rechtlich besteht, könnte nur neu erzeugt werden, während ein solcher, dem nur

* L. 2. §. 1 .. 3. L. 22. §. 1. D. h. t. pr. §. 1. 2. J. h. t. 4. 14.

eine Einrede entgegensteht, bloß durch Wegfall der Einrede wieder vollkräftig werden kann. L. 27. §. 2. D. de pact. 2. 14. Thon a. a. O. S. 242. Windscheid §. 47. A. 1. Unger II. S. 474 fg. Vgl. übrigens noch Bülow d. L. v. d. Proceßeinreden und d. Proceßvoraussetzungen. 1868., und drbr. Planck in d. krit. Vjschr. XI. S. 161 fg. Eisele d. materielle Grundlage der Exceptio. 1871. (drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XIV. S. 206 fg.) E. Zimmermann Krit. Bemerkungen zu Eisele's Schrift xc. 1872. (drbr. Brinz a. a. O. S. 299 fg. und dazu Zimmermann a. a. O. S. 21 fg.) vgl. Göppert in d. Ztschr. f. deutsche Gstzg. VI. S. 399 fg. — Birkmeyer die Exceptionen im bonae fidei iudicium 1874. (drbr. Eisele in d. krit. Vjschr. XVI. S. 501 fg. Bernhöft in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 37.). — Carle de except. in iure romano. 1873. Brinz 2. Aufl. §. 105 . . 108. [Eisele z. Geschichte der process. Behandlung der Exceptionen. 1875. (drbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 267 fg.). Lenel über Ursprung und Wirkung der Exceptionen. 1876. (drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 569 fg.) Thon Rechtsnorm u. subj. R. S. 262 fg. Karlowa Rechtsgeschäft §. 22 fg. Wächter Pand. S. 102. Leonhard Irrthum S. 303 fg. Schultze Privatr. u. Proceß I. S. 273 fg., 330. A. 1.]

[2] Auch gegen die Ansicht, daß die Exceptio im eigentlichen Sinn auf einem Recht des Beklagten beruhe, hat sich mehrfacher Widerspruch erhoben; Bekker die processualische Consumption S. 93 fg. Windscheid §. 47. A. 2. und die Actio S. 227. Brinz 1. Aufl. §. 39. [recte: 40 a. S. 131 fg.] Allein wenn der Letzte z. B. ein Recht, das der exceptio doli praeteriti zum Grunde läge, nicht zu entdecken vermag, so ist das nur erklärlich, wenn er voraussetzt, daß die betrügerische Stipulatio nichtig sei. Der Betrogene hat das Recht, vom Betrüger zu verlangen, daß er ihn vor dem Nachtheil des Betruges bewahre, also das Recht aus jener nicht nichtigen Obligatio nicht geltend mache; er würde deshalb, wenn er ihrer bedürfte, sogar eine Klage, die actio doli, haben. Die Schlechtigkeit des klägerischen Rechts, worin Brinz hier den Grund der Exceptio findet, besteht eben darin, daß demselben jenes Recht des Beklagten gegenübersteht. Verzichtet dieser wissentlich darauf, so wird die Schlechtigkeit geheilt und das klägerische Recht aus der Stipulatio steht als vollkommenes da, während der nichtige Anspruch durch solchen Verzicht allein nimmermehr zu einem richtigen werden kann. Ebenso, wenn Bekker fragt, wo das selbständige Recht des Beklagten sei, wenn er z. B. der Klage aus der stipulatio sine causa die exceptio doli (praesentis) entgegensetze, so liegt die Antwort nahe: es ist das Recht, Befreiung von der contrahirten formellen Obligatio zu verlangen, das hier sogar wirklich durch eine Klage, die condictio sine causa, geltend gemacht werden konnte. Und wenn endlich Windscheid sich auf L. 1. §. 6. D. ne quid in flum. publ. 43. 13. beruft, so ist dagegen zu bemerken, daß hier zwar nur ein Factum „quod eius ripae muniendae causa fiat" als Exceptio angeführt, aber diese Exceptio doch nur in sofern zugelassen wird, als eine Aenderung des Wasserlaufs zu diesem Zwecke für berechtigt zu erkennen ist „uti de lege fieri licuit". L. 1. §. 16. D. de flum. 43. 12. Vgl. aber wieder Krüger in d. Ztschr. f. Rechtsgsch. VII. S. 219 fg. (1868), gegen Bethmann-Hollweg d. röm. Civilproceß Bd. II. (1865.) S. 385 fg. [Lenel a. a. O. besonders §. 12. 13. 16 fg. Thon a. a. O. S. 275 fg. Schwalbach in den dogm. Jahrb. XIX. S. 25 fg.]

[3] Gleichbedeutend mit exceptio ist im Just. Recht *praescriptio*, nachdem ältere formelle Verschiedenheiten weggefallen. Gai. IV. 130 . . 137. rubr. tit. Cod. 8. 35 (36). de exceptionibus *sive* praescriptionibus. Savigny S. 163 . . 165. Puchta Inst. §. 171.

[4] Die replicatio konnte allenfalls auch schon duplicatio genannt werden, und die duplicatio somit triplicatio. Daher L. 2. §. 3. D. h. t. 44. 1. Sed et contra replicationem solet dari triplicatio, et contra triplicationem rursus (quadruplicatio), wo jedoch eine andere Lesart ist: *solet dari duplicatio et contra duplicationem tripl.* etc. cf. L. 7. §. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. — Anders aber §. 1. 2. J. h. t. 4. 14. Vgl. Savigny S. 193.

## §. 102.

### b) Gründe und Arten der Einreden.

Die Einreden gründen sich zum Theil auf Regeln des Processes, meistens auf Regeln des materiellen Rechts [1]. Ein Recht, das durch Klage geschützt ist, kann nach Umständen auch durch Einrede geltend gemacht werden [a]; aber das Recht der Einrede kann auch ohne ein klagbares Recht bestehen, als bloßes Schutzmittel gegen die Klage des Andern [b]. Es kann dieser von Anfang an entgegenstehen [c], oder erst später entgegentreten [d]. Es kann die Klage entweder nur für eine gewisse Zeit oder unter gewissen Umständen hindern, *dilatoria* oder temporalis exceptio, verzögerliche Einrede, oder dieselbe für immer ausschließen, *peremptoria* oder perpetua exceptio, zerstörliche [e] Einrede [1 e].

In der Regel stehen die Einreden in solcher Verbindung mit dem die Klage begründenden Verhältniß, daß sie Jedem zustehen, welcher wegen desselben als Rechtsnachfolger oder accessorisch Verpflichteter belangt wird, sie sind exceptiones *rei* cohaerentes [f]; ausnahmsweise kommen aber auch exceptiones *personae* cohaerentes vor, die nur auf eine bestimmte Person sich beschränken [g]. Umgekehrt sind die Exceptionen regelmäßig auch in der Beziehung absolut wirksam (in rem), daß sie Jedem entgegenstehen, welcher den durch sie ausgeschlossenen oder beschränkten Rechtsanspruch erhebt; aber es gibt Exceptionen, die auch in dieser Beziehung nur in personam gehen [h].

Eine Einrede von sehr umfassender Anwendung ist die Einrede widerrechtlichen Begehrens, *doli exceptio*. Sie besteht in der Behauptung, daß nach den vorliegenden Umständen der Kläger, indem er seinen Anspruch verfolge, nicht redlich handle; daher können die meisten aus dem materiellen Recht entspringenden Einreden in eine doli exceptio übergehen [i]. Verschieden von dieser sog. exceptio doli *generalis* ist die exceptio doli [k],

[a] L. 1. §. 4. D. de superfic. 43. 18. L. 156. §. 1. D. de R. J. [b] L. 1. §. 4. D. de dolo. 4. 3. L. 7. pr. §. 4. D. de pactis. 2. 14. [c] §. 1. J. h. t. 4. 13. [d] §. 3. J. l. c. [e] L. 2. §. 4. L. 3. D. h. t. 44. 1. §. 8..11. J. h. t. Gai. IV. 120..125. cf. L. 13. 16. 18. D. h. t. Gai. IV. 133. [f] §. 4. J. de replicat. 4. 14. L. 7. §. 1. L. 19. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. 8. 35 (36). L. 2. §. 2. D. de doli exc. 44. 4. L. 3. D. de exc. rei vend. 21. 3. [g] L. 7. pr. D. h. t. §. 4. J. cit. in f. cf. L. 24. 25. D. de re iud. 42. 1. L. 21. §. 5..L. 26. D. de pactis. 2. 14. [h] L. 4. §. 27..29. 31. 33. D. de doli exc. 44. 4. [i] L. 2. §. 3..5. L. 8. 12. D. de doli exc. 44. 4. [k] L. 2. §. 1. D. l. c.

die sich auf einen früher geübten Betrug des Klägers gründet, die sog. exceptio doli *specialis*[2]. Eine Anwendung der ersten ist es, wenn der Beklagte, auf Herausgabe einer Sache belangt, diese verweigert, sofern ihm nicht für Gegenansprüche, die damit in Verbindung stehen, Befriedigung geboten wird[1]; die Befugniß dazu pflegt man als Retentionsrecht zu bezeichnen[3].

Anm. [1] Exceptionen, wie Actionen, sind sowohl durch das Civilrecht im engern Sinn, wie durch das prätorische Recht eingeführt, durch das letzte vorzüglich, um die Billigkeit gegen das strenge Recht zu wahren, §. 7. J. h. t. 4. 13. Gai. IV. 118. cf. L. 3. D. h. t.; und es können Exceptionen der einen Art Klagen der andern Art gegenüber stehen. Savigny S. 169 .. 175. [Kuntze Excurse 2. Aufl. S. 257 fg.] Auch werden utiles und in factum exceptiones genannt, analog den actiones utiles und in factum. L. 21. D. de praescript. verb. 19. 5. §. 1. J. h. t. L. 4. §. 16. 32. D. de doli exc. 44. 4. [Vgl. Schultze Privatr. u. Proceß. I. S. 383 fg., 402 fg.] — Eine Reihe der wichtigsten Exceptionen sind näher erörtert bei Brinz (1. Aufl.) §. 41 .. 48. [S. 136 .. 172.]

[1a Vgl. Wächter Pand. I. S. 533 fg.; auch Schwalbach a. a. O. S. 30 fg. Schultze a. a. O. S. 335 fg.]

[2] Der Unterschied zwischen der einen und andern Art der doli exceptio gab sich in der Formel zu erkennen: a) ***si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit;*** b) ***si in ea re nihil dolo malo A. Agerii fiat***; oder beides vereinigt: c) ***si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat.*** Gai. IV. 119. — L. 2. §. 5. D. de doli exc. 44. 4. Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. Hänel im civ. Arch. XII. S. 422 fg. Die sog. doli exceptio generalis war den Römern ein einfaches Mittel, die Berücksichtigung der verschiedenartigsten Einreden zu erwirken, ohne dieselben sofort genauer zu bestimmen und nach älterem Verfahren so in die Formula einfügen zu lassen. Da aber nach heutigem Verfahren bei dem Vorbringen der Einreden auch sogleich die thatsächliche Begründung derselben anzugeben ist, so ist jene doli exceptio in der That nichts mehr, als ein Name, mit welchem die Theorie alle Einreden, welche ein Klagbegehren in concreto als unrechtliches erscheinen lassen, belegt. Windscheid §. 47. A. 7. [Vgl. Pernice Labeo II. S. 112 fg. 126 fg. Milone la exceptio doli (gener.) Neapel 1882. (vrbr. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. S. 157 fg.). Kuntze a. a. O. – Beispiele aus der Praxis: Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. XI. XII. S. 103 fg.]

[3] Ueber das Retentionsrecht, als eine vermeintliche Wirkung des Besitzes, vgl. Schenck die Lehre von dem Retentionsrechte 1837; Luden d. Retent.R. 1839; Cramer im civ. Arch. XXXVII. 12. 15; eine Art der Selbsthülfe? Mühlenbruch §. 135 a. E. 136. Dagegen Puchta §. 94. not. b. Böcking Inst. §. 127. c. 129. not. 16. Vgl. Lenz im Rtslex. IX. S. 377 fg. Großkopff zur L. vom Retentionsrechte. 1858. (darüber Arndts in Haimerl's Vjschr. II. Lit. S. 7 fg. civ. Schriften I. 9.). Harder

[1] L. 4. §. 9. L. 14. D. l. c. §. 30. 32 .. 34. J. de rer. div. 2. 1. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. L. 13. §. 9. D. de act. emti 19. 1. — cf. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri. 8. 26 (27).

im civ. Arch. LI. 7. LVIII. 9. — Retentionsrecht überhaupt die Befugniß, eine schuldige Leistung einstweilen vorzuenthalten, wegen Anspruchs auf eine Leistung von der andern Seite: Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 365 fg. Ueber die Wirkung der Retentionseinrede in diesem Sinn: Zaun im Arch. für prakt. Rtsw. IV. 16. [recte: 17. S. 369 fg. Ein Mittelding zwischen diesem Rt. und dem Pfandrecht ist das kaufmännische Retent.R.: H.G.B. Art. 313 fg. — Vergl. noch Pernice a. a. O. S. 121 fg.]

### 4) Endigung von Klagen und Einreden.

## §. 103.

Klagen und Einreden müssen nach der Natur der Sache erlöschen, wenn das ihnen zum Grunde liegende Recht oder wenn das sie veranlassende thatsächliche Verhältniß zum Gegner, d. i. bei Klagen die Verletzung, aufhört. Als Endigungsgründe, welche zunächst die Klage oder Einrede treffen, aber freilich mittelbar auch das Recht entweder in seiner Wirksamkeit beschränken oder auch ganz aufheben, sind, abgesehen von der Einwirkung des Processes, wovon §§. 113. 116., hier besonders hervorzuheben: der Tod einer Partei, die Durchführung einer von mehreren concurrirenden Klagen, und die Verjährung.

## §. 104.

### a) Tod einer Partei.

Dieser hebt die Klagen, sofern nicht Grund oder Anlaß derselben dadurch wegfällt, regelmäßig nicht auf. In Betreff vermögensrechtlicher Klagen ist Regel: actiones heredi et in heredem competunt[a]. Jedoch gehen 1) auf Seiten des Klagberechtigten, activ, gewisse Klagen nicht auf den Erben über, welche, obgleich auf ein vermögensrechtliches Object gerichtet, doch ihrem Grunde nach vielmehr auf Genugthuung für persönliche Unbilde gehen[b], sog. actiones *vindictam spirantes* [1]; 2) auf Seiten des Beklagten [passiv] gehen Klagen aus Delicten nicht gegen den Erben, soweit sie auf eine eigentliche Strafe gerichtet sind[c], und selbst, soweit sie Entschädigung zum Gegenstande haben, nach römischem Recht nur in dem Maße, als durch das Delict des Erblassers dem Erben etwas zugekommen ist[d], nach heutigem Recht jedoch[e] soweit der Betrag der Erbschaft reicht [2]. Diese Beschränkungen des activen oder passiven Uebergangs der Klagen auf die Erben fallen weg nach Beginn des Rechtsstreites (§. 113).

Auch Einreden werden nur ausnahmsweise durch den Tod auf=

[a] J. de perpetuis et temporalibus actionibus et quae ad heredes et in heredes transeunt. 4. 12. [b] §. 1. J. h. t. L. 2. §. 4. D. de collat. 37. 6. [c] L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1. [d] L. 38. 44. 127. D. de R. J. L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. cf. §. 1. J. l. c. [e] cap. 5. X. de raptor. 5. 17. cap. 9. X. de usuris. 5. 19. cap. 28. X. de sent. excommun. 5. 39. cap. 14. X. de sepult. 3. 28.

gehoben, sofern sie personae cohaerentes sind oder nur in personam gehen (§. 102).

Anm. [1] Den Gesichtspunkt dafür deutet an L. 28. D. de iniur. 47. 10. Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur. Die Bezeichnung ist veranlaßt durch L. 2. §. 4. D. de collat. 37. 6. Emancipatus filius si iniuriarum habet actionem, nihil conferre debet; magis enim *vindictae* quam pecuniae habet persecutionem. Cf. L. 10. D. de sepulcro violato. 47. 12. Die dahin gehörigen Klagen sind: a) die iniuriarum actio, L. 13. pr. D. de iniur.; b) die in factum actio des ungesetzlich in ius vocirten Parens oder Patronus, L. 24. D. de in ius voc. 2. 4. (unpraktisch); c) die in factum actio de calumnia, L. 4. D. de calumn. 3. 6.; d) die actio sepulcri violati. L. 6. 8. 10. D. de sep. viol. 47. 12.; e) die actio in factum wegen verhinderter Beerdigung, L. 9. D. de relig. 11. 7. Bei dieser ist es bestritten, z. B. von Böhmer sect. II. c. 4. §. 67. Mühlenbruch Cession [3. Aufl.] S. 300. [Note 116.]; dagegen Kierulff I. S. 228. Savigny V. S. 200 fg. Vangerow §. 145. (7. Aufl. S. 214.) Vgl. L. 9. cit. in f.: Unde miror, quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur; certe perpetuo ea inter ipsos competit; f) die Klage auf Rückgabe einer Schenkung wegen Undankbarkeit, L. 7. §. 3. (L. 7.) L. 10. §. 2. (L. 10.) Cod. de revoc. donat. 8. 55 (56.); g) die querela inofficiosi testamenti, L. 6. §. 2. L. 7. D. de inoff. test. 5. 2. Bei der letzten Klage ist das Besondere, daß schon der entschieden an den Tag gelegte Wille, das Testament anzufechten, genügt, um sie auf die Erben zu übertragen. Ohne genügenden Grund behauptet dasselbe Windscheid d. Actio S. 29. auch in Betreff der unter f) genannten Klage. — Puchta §. 88. not. c. setzt noch hinzu: „die Klage auf die Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil", nach L. 15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. „morum vero coercitionem non habet (heres)"; dagegen Savigny S. 202. bei not. l. Uebrigens vgl. noch Savigny II. §. 73. — Daß auch Popularklagen nicht vom Erben als solchem angestellt werden konnten, ergab sich von selbst aus deren Natur, da sie jedem Bürger, also vor der Anstellung keinem als besonderes Recht, zustanden. L. 7. D. de pop. act. 47. 23. [Reichsstrafpr.O. §. 444. a. E.: „Der Anspruch auf Buße kann von den Erben des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden."]

[2] Das Princip dieser Lehre (über dessen Erklärung zu vergleichen ist Ihering Geist des R. R. I. S. 139 fg. Demelius Untersuchungen I. S. 22.) ist in dem Satz ausgesprochen: *in poenam heres non succedit*: L. 22. D. de op. n. n. 39. 1. L. 20. D. de poen. 48. 19., der auch auf Strafklagen im weitern Sinn (§. 98.) ausgedehnt würde; L. un. Cod. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. 4. 17. L. 17. §. 1. L. 26. 27. D. de dolo. 4. 3. L. 23. §. 8. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 9. §. 8. L. 10. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.; aber beschränkt durch den andern Satz: sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset, L. 38. D. de R. J. (sive dolo fecit, quominus ad se perveniret; L. 8. §. 8. D. de prec. 43. 26.); und: turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur, L. 5. pr. D. de calumniator. 3. 6. L. 16. §. 2. L. 17. D. quod met. c. 4. 2. (Cf. L. 127. D. de R. J. Quum praetor in heredem dat actionem quatenus ad eum pervenit, sufficit si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. Schmidt In-

terdictenverfahren S. 166.) — Hieher gehört auch die Klage, welche gegen den Erblasser gegründet war, qui dolo malo possidere desiit, L. 42. 52. D. de rei vind. 6. 1.; nicht auch die condictio furtiva, „quia rei habet persecutionem", L. 7. §. 2. L. 9. D. de cond. furt. 13. 1.; streitig ob die actio rerum amotarum: L. 6. §. 4. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 3. Cod. eod. 5. 21. — Auch findet jene Regel nicht Anwendung auf Klagen aus Rechtsgeschäften (ex contractu oder quasi ex contractu), wenn der Erblasser dabei eines Dolus sich schuldig gemacht. L. 12. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 121. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 152. §. 3. L. 157. §. 2. D. de R. J. Zwar sagt §. 1. J. h. t. 4. 12. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (*veluti*) cum testator dolose versatus sit (*in deposito*) et ad heredem eius nihil ex eo dolo pervenerit, und Theophilus führt als Beispiel die actio depositi an. Aber vgl. dagegen die ll. cc. und L. 1. §. 1. L. 7. §. 1. D. depos. 16. 3. Gai. IV. 113. Aliquando tamen (*etiam*) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit; nam adstipulatoris heres non habet actionem et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur (veraltete Fälle). Vgl. L. 8. §. 1. D. de fideiuss. et nominat. 27. 7. mit L. 2. 4. 5. Cod. de in lit. iur. 5. 53. — L. 1. §. 21. 23. D. de tut. et rat. distrah. act. 27. 3. — — Das canonische Recht hat die Erben eigentlich unbedingt haftbar für Entschädigung erklärt, wie für andere Schulden der Erbschaft: cap. 5. X. 5. 17. Heredes ... *iuxta facultates suas* condigne satisfaciant; aber die Praxis hat dies von jeher so erklärt, als hieße es: *iuxta facultates hereditatis*. Vgl. überhaupt Francke Beiträge I. 1. Savigny V. S. 46..60. [Kiene die Haftung des Erben aus den Delicten des Erblassers nach canon. R. 1878. — Jetzt aber s. R.Str.G.B. §. 30.: „In den Nachlaß kann eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden, wenn das Urtheil bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig geworden war." (Vgl. östch. bgl. G.B. §. 548.) Dazu Mandry Reichsges. S. 186. (2. Aufl. S. 262 fg.)]

## §. 105.

### b) Concurrenz der Klagen.

Mehrere Klagen können ganz oder zum Theil auf denselben juristischen Zweck, Verwirklichung desselben materiellen Rechtsanspruchs, gerichtet sein. Wenn und soweit hier durch eine der concurrirenden Klagen jener Zweck erreicht ist, fallen die übrigen weg; dasselbe juristische Object, welches bereits durch eine Klage erlangt ist, kann nicht noch einmal durch eine andere Klage gefordert werden; wenn aber die zuerst durchgeführte Klage dem Gegenstande nach weniger umfaßte, so kann durch die umfassendere Klage dasjenige nachgefordert werden, was jene nicht gewährte[1]. Nicht solchen Einfluß hat die Identität der Personen[a] oder des thatsächlichen Entstehungsgrundes[b] mehrerer Klagen, wenn nicht gänzliche oder theilweise Identität des durch diese zu verfolgenden Rechtsanspruches damit verbunden ist[2].

In manchen Fällen aber hat der Berechtigte zwischen mehreren

[a] L. 2. D. de priv. del. 47. 1. L. 27. pr. L. 32. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. L. 11. §. 2. L. 51. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 45..47. D. pro socio. 17. 2. L. 34. §. 2. D. de O. et A. 44. 7.

Klagen, die nicht denselben Zweck haben, doch nur die Wahl, so zwar, daß schon durch die Wahl oder Anstellung der einen die andere ausgeschlossen ist, sei es wegen Unvereinbarkeit der durch diese Klagen zu verfolgenden Ansprüche, sei es vermöge besonderer Rechtsvorschrift [a].

Anm. [1] Den Hauptgrundsatz dieser Lehre spricht aus L. 57. D. de R. J.: Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, sodann näher bestimmend L. 41. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, nihil consequatur. (Die Hdschr. haben *id consequatur*, aber unzweifelhaft ist zu lesen *nihil consequatur*, Huschke in Linde's Ztschr. N. F. II. S. 180.; [statt „iudicis potius" vermuthet Mommsen „iudicantis"].) Vgl. L. 43. §. 1. D. de R. J. Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet. Anwendungen davon: a) bei Concurrenz von Ersatzklagen auf dasselbe Vermögensinteresse (quod ex patrimonio nobis abest, L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7.), gegen denselben Beklagten, L. 34. §. 1. 2. D. de O. et A. L. 38. §. 1. L. 43. 47. pr. D. pro socio. 17. 2., oder gegen verschiedene, L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 1. §. 10.. L. 4. D. de his qui effud. 9. 3.; b) bei Concurrenz von Ersatzklagen und gemischten Klagen, L. 7. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 3. D. de priv. del. 47. 1. L. 34. §. 2. cit. ... Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est, remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet. Zu lesen *locum habet?* Savigny S. 229 fg., oder *non remanere . . . locum non habet?* Huschke a. a. O. S. 184 fg. [Mommsen setzt nach accedit einen Doppelpunkt und will das et streichen.] Cf. L. 47. §. 1 ... L. 50. D. pro socio. 17. 2. Sehr streitig, für das heutige Recht aber unerheblich ist die Frage, ob die obige Regel auch Anwendung finde auf mehrere Strafklagen, welche unter denselben Personen durch eine und dieselbe Handlung begründet worden? L. 32. 34. pr. 53. pr. 60. D. de O. et A. 44. 7. L. 130. D. de R. J. Savigny §. 234. Vangerow §. 572.

[2] Ueber die sonst üblichen Unterscheidungen (subjective und objective, sodann successive, cumulative und elective Concurrenz der Klagen) vgl. Thibaut civ. Abh. S. 146 bis 204.; eine neue vereinfachende Darstellung dieser Lehre gibt Savigny V. §§. 231 bis 236. Vgl. damit Huschke a. a. O., Sintenis §. 30. III. Brinz §. 40. S. 127 fg. (2. Aufl. I. S. 343 fg.) Windscheid §. 121. A. 9. Hartmann im civ. Arch. L. 7. [J. Merkel über den Concurs der Actionen nach röm. PrivR. 1877. (Darüber Brinz in d. krit. Vjschr. XX. S. 161 fg.) Wächter §. 96. Beil. I.]

### c) Verjährung.

## §. 106.

### *a)* Grund und Ursprung der Klagenverjährung [1].

Verjährung einer Klage ist Aufhebung ihrer Wirksamkeit in Folge lange versäumter Anstellung derselben [1a]. Sie ist gerechtfertigt theils durch

[a] L. 7. D. de lege commiss. 18. 3. L. 18. pr. L. 19. §. 6. D. de aed. ed. 21. 1. L. 25. §. 1. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 3. §. 5. L. 6. §. 4. D. nautae caup. 4. 9. L. 8. Cod. de codicillis. 6. 36. L. 22. §. 1. d. e. (§. 1.) Cod. de furt. 6. 2. u. a.

die Nachlässigkeit des Klagberechtigten, theils durch die Rücksicht auf den Beklagten, um diesen gegen Erhebung von Rechtsansprüchen zu schützen, die vielleicht nur scheinbar noch begründet, in der That aus nicht mehr zu erweisenden Gründen erloschen sind [1b]. Gleichwohl kannte das ältere römische Civilrecht keine Verjährung der Klagrechte; die actiones waren *perpetuae* im buchstäblichen Sinn des Wortes. Aber die prätorischen Klagen waren großentheils, namentlich der Regel nach die prätorischen Strafklagen, auf einen annus utilis eingeschränkt [a], nach dessen Ablauf ihnen annua exceptio entgegenstand [b]; zum Theil noch kürzere Fristen waren den ädilitischen Klagen gesetzt [c]. Diese Klagen hießen daher *temporales* oder temporariae actiones. Auch bei einigen Civilklagen wurde eine bestimmte Zeitbeschränkung angenommen [d], und in Betreff der speciales in rem actiones galt zu Gunsten des Besitzers in gutem Glauben eine Verjährung per longum tempus, d. i. einen Zeitraum von zehn, beziehungsweise zwanzig Jahren, longi temporis praescriptio oder exceptio, die aber als ein durch besonders qualificirten Besitz gewonnenes Schutzmittel gegen Vindication mit der Ersitzung des Eigenthums eng zusammenhängt und im Justinianischen Recht damit verschmolzen ist [e]. Erst Theodosius II. (a. p. Chr. 424) stellte, mit wenigen Ausnahmen, als durchgreifende Regel auf, daß alle nicht auf kürzere Zeitfrist eingeschränkte Klagen durch eine praescriptio triginta annorum ausgeschlossen sein sollten [f], und diese Verordnung ist denn auch in's Justinianische Recht übergegangen [g], näher bestimmt und theilweise modificirt durch einige spätere Constitutionen [h], wornach in verschiedenen Fällen eine längere Verjährungsfrist, namentlich von vierzig Jahren, stattfindet. Hiernach sind nun regelmäßig alle Klagen, sofern sie nicht ohnehin schon als temporales actiones durch Ablauf einer kürzeren Zeitfrist erlöschen, der Verjährung durch den Ablauf von dreißig Jahren oder mehr unterworfen, obwohl sie nichts desto weniger auch jetzt noch perpetuae actiones genannt werden. Ausgenommen sind davon jedoch die Theilungsklagen, sofern sie Aufhebung einer noch bestehenden Gemeinschaft oder Beseitigung einer noch fortdauernden Gränzverwirrung bezwecken [i], nicht [2] sofern sie auf einzelne daraus hervorgegangene Rechtsansprüche

[a] pr. J. de perpetuis et temporalibus act. 4. 12. Gai. IV. 110. 111. [b] L. 30. §. 5. D. de peculio. 15. 1. L. 15. §. 5. D. quod vi. 43. 24. [c] L. 38. pr. D. de aed. ed. 21. 1. [d] Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21. L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14. cf. Gai. III. 121. [e] Cod. de praescriptione longi temporis. 7. 33. [f] L. un. Theod. Cod. de actionibus certo tempore finiendis. 4. 14. [g] L. 3. Cod. de praescriptione 30 vel 40 annorum. 7. 39. [h] L. 4..9. Cod. l. c. L. 1..3. Cod. de annali exceptione italici contractus tollenda et de diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum. 7. 40. [i] L. 5. Cod. comm. div. 3. 37.

gerichtet sind[k]. Durch Vertrag kann die Verjährung der Klage nicht im Voraus ausgeschlossen werden[3].

Anm. [1] Zur Literatur dieser Lehre gehören die Schriften über Verjährung überhaupt (§. 87.), insbesondere Unterholzner Verjährungslehre II. §§. 256..283., dann auch Heimbach im Rtslex. XII. S. 632..675. vgl. mit S. 303 fg. Vorzüglich vgl. Savigny V. §. 237..252; über das Geschichtliche derselben Puchta Inst. II. §. 208. und Demelius Untersuchungen aus dem röm. Civilrechte, 1856. Abth. I. „Geschichte der Klagverjährung." — „Verjährung der Ansprüche" bei Windscheid §. 106..112. [Wächter §. 104 fg.] Brinz 2. Aufl. §. 113. 114. [Grawein Verjährung und gesetzliche Befristung. I. 1880. Vgl. auch O. Rudorff die deutschen Klagenverjährungsgesetze 1883.]

[1a Anders Grawein a. a. O. S. 51 fg., indem er meint, daß „sich die Unthätigkeit des Berechtigten nicht bezieht auf die Ausübung des Anspruchs selbst, sondern nur auf die Vornahme gewisser Schutzmaßregeln, welche durch das Gesetz als Unterbrechungsgründe der Verjährung statuirt werden". In der That enthält aber nicht jede die Verjährung unterbrechende Thatsache eine Thätigkeit des Berechtigten; so kann z. B. eine bei der Hingabe eines Darlehens vereinbarte Pfandbestellung sehr wohl erst geraume Zeit nachher selbst ohne Vorwissen des Gläubigers in dem Hypothekenbuch durch den Verpfänder erfolgen; sollte dies die Verjährung nicht unterbrechen? Vgl. unten §. 110. 2. c.; auch Strohal in der Wien. Ztschr. IX. S. 69 fg.]

[1b Vgl. Grawein §. 14. S. 207 fg. über „den Unterschied zwischen Verjährung und Legalbefristung im rechtspolitischen Grunde."]

[2] Ueber Verjährung der Erbtheilungsklage: Seuffert's Arch. XV. 127. — Im römischen Recht sind von der Verjährung noch schlechthin ausgenommen a) die vindicatio in libertatem, L. 3. Cod. de longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur. 7. 22.; b) die Vindication eines Colonen durch seinen Herrn, L. 23. pr. Cod. de agricolis. 11. 48 (47).; c) die Vindication eines Curialen durch die Stadt. L. 5. Cod. h. t. 7. 39.; d) die Klage des Fiscus auf rückständige Steuern. L. 6. Cod. ibid. Die letzte Ausnahme aber ist nicht mehr praktisch, die Klagen unter a..c kommen nicht mehr vor. Savigny S. 409..411., vgl. jedoch Windscheid §. 106. A. 3.

[3] [Vgl. Grawein S. 135 fg., und über vertragsmäßige Veränderung der Dauer der Frist S. 127 fg.] Etwas anderes ist der Verzicht auf den Schutz durch Verjährung nach Vollendung derselben. Savigny S. 411..413. [Grawein S. 175 fg.]

### β) Erfordernisse der Klagenverjährung.

## §. 107.

#### aa) Beginn der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit beginnt mit dem Tage, an welchem zuerst ein Rechtsanspruch als klagbarer gegen einen bestimmten Gegner besteht, also die Möglichkeit zu klagen gegeben ist, *actio nata*[1], somit 1) bei dinglichen Klagen, wann zuerst der Gegner durch Beeinträchtigung des Rechts zur Klage Anlaß gibt, z. B. bei der Eigenthumsklage, wann derselbe

[k] L. 1. §. 1 d. (1). Cod. h. t. 7. 40.

zuerst, nicht mit dem Willen und im Namen des Eigenthümers selbst, die Sache im Besitze hat[a]; 2) bei persönlichen Klagen mit dem Tage, an welchem die Obligatio dergestalt begründet ist, daß gegen den Erfüllung weigernden Schuldner sofort geklagt werden kann (quando dies venit), ohne daß wirklich eine Weigerung oder eine Mahnung zur Erfüllung stattgefunden zu haben braucht[2]. So lange die Klage auf Erfüllung rechtlich noch unstatthaft ist, z. B. wegen einer Zeitbestimmung oder gar einer noch unerfüllten Bedingung oder wegen Mangels andrer rechtlicher Voraussetzungen, kann auch die Verjährung derselben nicht beginnen[b]. Daher verjährt die Klage auf wiederkehrende Leistungen, z. B. jährliche Renten, Zinsen, für jede einzelne Leistung insbesondere erst von dem Tage ihrer Fälligkeit an[c]. Nach besonderer ganz angemessener Vorschrift jedoch ist, wenn die Hauptschuld verjährt ist, auch in Ansehung aller rückständigen Zinsen die Klage durch Verjährung ausgeschlossen[d]. Die Klage auf alle künftigen Renten aber kann verjähren, wenn das Recht selbst im Ganzen widersprochen worden ist und der Berechtigte dennoch es geltend zu machen unterlassen hat[3].

Anm. [1] Den Anfangspunkt der Verjährung bezeichnen die Gesetze durch die Worte: *ex quo actiones competere iure coeperunt*, oder *ex quo ab initio competit et semel nata est actio*, oder *ex quo possint actiones movere* u. dgl. L. 3. 7. §. 1. Cod. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. 7. 40. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. Vgl. Böcking Inst. §. 131. A. 2. „Das Recht (an sich, das ruhende) bewegt sich selbst zu seiner Bethätigung, indem es als actio auftritt; nascitur, nata est actio in dem Augenblicke, da das Recht selbst als ein durchzuführendes, auch mittelst Staatshülfe zu realisirendes, fertig, reif ist." Unger II. §. 116. Windscheid §. 107. [Vgl. oben §. 96. A. 3.]

[2] Für persönliche Klagen wird auf das exordium obligationis als regelmäßigen Anfangspunkt der Verjährung hingewiesen, L. 7. §. 6. Cod. h. t. 7. 39., womit auch übereinstimmen L. 1. §. 22. D. depositi. 16. 3. L. 18. D. de fideiuss. 46. 1. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro mea parte nascetur et actio et liberatio; cf. L. 8. §. 7. de prec. 43. 26. Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit, eoque iure utimur; quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum (Schmidt das Interdictenverfahren S. 122. A. 16.). Jedoch versteht sich von selbst, daß, wo die Obligatio auf ein Nichtthun gerichtet ist, eine Klage erst entsteht, also auch erst zu verjähren beginnen kann, wenn jener zuwider gehandelt ist. — Uebrigens ist hier vieles streitig, z. B. inwiefern die Verjährung der Klage trotz einer entgegenstehenden Exceptio, namentlich der exceptio non impleti contractus, beginnen könne? Savigny S. 289..291. Windscheid §. 109. A. 3. [Leonhard in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 480 fg. Schwalbach ebd. XIX. Nr. 2.]; sodann, wann

[a] L. 9. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. 7. §. 2. 6. in f. L. 8. §. 1. Cod. 7. 39. [b] L. 7. §. 4. Cod. h. t. cf. L. 4. pr. D. de tut. act. 27. 3. L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] L. 7. §. 6. Cod. l. c. [d] L. 26. pr. Cod. de usuris. 4. 32. cf. L. 8. §. 4. Cod. h. t.

die Verjährung der Klage auf Rückgabe beim Depositum oder Commodatum, und insbesondere beim Darlehen, dem verzinslichen oder unverzinslichen, auf Kündigung oder mit Kündigungsfrist, beginne? G. Thon über die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Forderung in Linde's Zeitschr. VIII. 1. Savigny S. 291..299. Vgl. L. 94. §. 1. cit. L. 1. §. 22. cit. Est autem... scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. L. 8. §. 4. Cod. 7. 39. Exceptionem etiam 30 vel 40 annorum in illis contractibus, in quibus usurae promissae sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit, d. h. von der letzten Zinszahlung an? oder (nach Savigny): von dem Tage an, wo zuerst eine Zinszahlung ausblieb? Gegen Savigny, welcher überhaupt von der Ansicht ausgeht, daß zum Beginn der Verjährung ein rechtsverletzendes Vorenthalten der Erfüllung vorausgesetzt werde, vgl. Thon a. a. O. S. 33 fg. Vangerow, „von welchem Zeitpunkt beginnt die Verjährung der Darlehensklage?" im civ. Arch. XXXIII. 12. Brinz §. 48. S. 165 fg. (2. Aufl. §. 114. A. 27 fg.) Windscheid §. 107. A. 5., die Actio S. 41 fg. Zu demselben Resultat kommt auch auf eigenem Wege Demelius Untersuchungen Nr. II. S. 111 fg. [Vgl. auch A. Thon Rechtsnorm und subj. R. S. 255 fg. Wächter Pand. I. S. 542 fg.] Ueber die heutige Praxis s. Seuffert's Arch. V. 272. XVII. 203; dagegen mit Savigny übereinstimmend I. 312. IV. 201. VI. 3. XIII. 6. XVI. 3. XVIII. 2.; vgl. auch Archiv für praktische Rtsw. II. S. 152 fg. X. S. 238 fg. — Ueber die angebliche Regel: Actioni nondum natae toties praescribi, quoties nativitas est in potestate creditoris, s. Unterholzner II. S. 304. Dagegen G. Thon a. a. O. S. 2 fg. Unger II. §. 120. A. 5. 6. Aber dafür wieder, mit Beschränkung auf den Fall, „wo die Entstehung des Anspruchs auf den nackten Willen des Berechtigten gestellt ist," mit Ausschließung dagegen des Falls, „wenn es im Belieben des Berechtigten steht, durch eine Handlung (genauer: eine andre Handlung als die Erklärung des Wollens) den Anspruch entstehen zu machen" Windscheid §. 107. A. 9. Vgl. auch Wächter Württ. Pr.R. §. 118. A. 15. Zródłowski im civ. Arch. LII. S. 358 fg. Roscher das. LV. S. 100 fg. Windscheid 5. Aufl. §. 107. A. 5. 9. [Leonhard a. a. O. Nr. 10. S. 438 fg. Grawein S. 79 fg.]

3 Seuffert's Arch. I. 156. 157. III. 138. VI. 4. IX. 117. XIII. 6. XIV. 110. XVI. 2. XVII. 83. Savigny V. S. 312. Sintenis I. §. 31. A. 85. Jedoch sind Manche dagegen mit Demelius a. a. O. S. 199..203. Vgl. Windscheid §. 107. A. 8.

## §. 108.

### bb) Ablauf der Verjährungszeit.

Die Verjährungszeit ist vollendet mit dem **Ablauf** des letzten Kalendertages derselben [a], wobei als erster Tag derjenige zu rechnen ist, an welchem zuerst geklagt werden konnte (§. 89). Die **Dauer** der Verjährungszeit aber ist regelmäßig ein Zeitraum (tempus continuum) von dreißig Jahren [b]. Davon gibt es jedoch viele Ausnahmen, indem verschiedene Klagen theils erst in längerer [1], theils schon in kürzerer Frist [2] verjähren (§. 106).

[a] L. 6. D. de O. et A 44. 7. [b] L. 3. Cod. h. t. 7. 39.

Anm. [1] Eine längere Verjährungszeit und zwar eine vierzigjährige gilt a) für die Pfandklage unter gewissen Voraussetzungen. L. 7. Cod. h. t. 7. 39. [§. 390.]; b) für diejenigen Klagen der Kirchen und milden Stiftungen, welche der Regel nach in 10, 20 oder 30 Jahren erlöschen würden. Nov. 111. 131. cap. 6. cf. L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2. Nov. 9.; Sola romana ecclesia centum annorum spatio gaudente, Auth. *quas actiones* ad L. 23. Cod. cit. can. 17. C. 16. qu. 3., cap. 13. 14. X. de praescriptionibus. 2. 26. cf. can. 2. C. 16. qu. 4.; nicht auch für die Klagen der Städte, Nov. 111. cf. L. 23. Cod. cit.; auch nicht für die Klagen des Fiscus, L. 6. Cod. de iure fisci. 10. 1. L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14. L. 6. Cod. de fundis rei priv. 11. 66 (65)., ausgenommen die Vindication von Patrimonialgrundstücken. L. 14. Cod. de fundis patrimon. 11. 62 (61) Vgl. Savigny V. S. 360. Seuffert's Arch. III. 137. 296. 297. Jedoch hat die Praxis bis zur neuesten Zeit dem Fiscus, und so auch dem Regenten das Privilegium der 40jährigen Präscription regelmäßig beigelegt, und daß diese bezüglich der unbeweglichen landesherrlichen Kammer- und Fiscus-Güter (nach Analogie der L. 14. Cod. cit.) gemeinrechtlich gelte, wird ausgeführt von Heffter in Bekker's Jahrb. VI. 1., im Allgemeinen aber jene Praxis auch als gesetzlich begründet vertheidigt von Heimbach im civ. Arch. XLVIII. 2. — Die Rückforderung gezahlter ungesetzlicher Spielschulden sollte erst in 50 Jahren erlöschen, Cod. de aleatoribus. 3. 43.; aber dieses Gesetz ist eine lex restituta. §. 2. A. 3. §. 236. A. 2.

[2] Auf eine kürzere Verjährungszeit sind eingeschränkt a) die Klagen aus fiscalischen Rechten, und zwar diese der Regel nach auf eine Zeit von 20 Jahren, L. 13. pr. D. de div. temp. 44. 3. L 2 §. 1 .... L. 4. D. de requir. damn. 48. 17. L. 1. §. 3. D. de iure fisci. 49. 14.; rücksichtlich des Anspruchs auf erbloses Vermögen nur von 4 Jahren, L. 1. Cod. de quadr. praescr. 7. 37.; rücksichtlich der commissa von 5 Jahren, L. 2. Cod. de vectig. 4. 61.; b) Klagen in Ansehung der Rechtsfähigkeit eines Verstorbenen auf fünf Jahre vom Tode an gerechnet. Dig. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. 40. 15. Cod. 7. 21.; c) Popularklagen, L. 8. D. de pop. act. 47. 23., und, der Regel nach, die prätorischen Strafklagen auf einen annus utilis; jedoch ist die actio furti manifesti perpetua, „merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit“. Gai. IV. 111., pr. J. h. t. 4. 12. Vgl. auch L. 7. §. 6. D. nautae caup. 4. 9. L. 5. §. 5. D. de effusis. 9. 3.' L. 13. pr. D. de servo corr. 11. 3. L. 18. D. depos. 16. 3. Dagegen waren auch mehrere uneigentliche (einseitige) prätorische Strafklagen, ausgenommen de eo quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, auf ein Jahr eingeschränkt, namentlich die actio doli, für welche jedoch Constantin ein biennium continuum festgesetzt hat, L. 8. Cod. de dolo. 2. 20 (21)., sodann einige Interdicte, L. 1. pr. D. de vi. 43. 16. L. 1. pr. D. uti poss. 43. 17. L. 4. D. de interd. 43. 1. Von allen, wie Savigny S. 353. annimmt, läßt es sich nicht behaupten, während andrerseits gewiß ist, daß selbst einzelne Klagen, die nicht ex delicto entstanden, nur annales waren. L. 2. §. 1. (L. 2. pr.) Cod. de const. pec. 4. 18. vgl. L. 35. pr. D. de O. et A. In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum .... Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, ut quum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed quum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur. Puchta §. 91. not. ff. Nicht zutreffend ist

übrigens der Grund, welcher im pr. J. l. c. angegeben wird: „nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium". Arndts in Linde's Ztschr. XIV. S. 2. (civ. Schr. I. S. 55 fg.); d) verschiedene andre Klagen, die gelegentlich zu erwähnen sind. Eine Zusammenstellung bei Göschen Civilrt. I. §. 250. [Kurze Verjährungsfristen sind auch in mehreren neuen Reichsgesetzen festgesetzt; vgl. z. B. Gesetz v. 4. Juli 1868 betreffend die privatr. Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften §. 63., Ges. v. 11. Juni 1870 betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. §. 33 fg., Ges. v. 7. Juni 1871 betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe v. Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen §. 8., Gesetz über das Postwesen v. 28. Oktober 1871, §. 14. Die Anfangspunkte dieser Verjährungsfristen sind durch die cit. Ges. genau bezeichnet. Vgl. noch Mandry Reichsges. S. 209 fg. (2. Aufl. S. 294 fg.)]

## §. 109.

### cc) Bona fides?

Nach römischem Recht ist die Verjährung der Klage in keinem Falle durch den guten Glauben desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, bedingt. Nach canonischem Recht aber kann sich der Beklagte durch die Einrede der Verjährung nicht im Besitze einer Sache oder eines Rechts erhalten, wenn erwiesen wird, daß er, beziehungsweise sein Vorgänger, nicht die ganze Verjährungszeit hindurch in gutem Glauben im Besitze gewesen sei, während bei Schuldklagen, die auf eine andere Leistung als auf Restitution widerrechtlich vorenthaltenen Besitzes gehen, auf den guten Glauben des Beklagten nichts ankommt.

Anm. Die Regel des römischen Rechts, welches nur zur Ersitzung, nicht zur Verjährung der Klage, und nur im Anfange des Besitzes bona fides erfordert, L. 8. §. 1. Cod. h. t., ist noch anerkannt in can. 15. C. 16. qu. 3. cf. cap. 3. X. de praescript. 2. 26. Allein cap. 5. X. de praescript. 2. 26. (Alexander III.) sagt: Vigilanti studio cavendum est, ne malae fidei possessores simus in praediis alienis, quoniam nulla antiqua dierum possessio iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit, postquam se noverit aliena possidere: cum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem. Sodann cap. 20. X. eod. (Innocent. III.) Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae. Cf. cap. 3. de R. J. in 6to. Sine possessione praescriptio non procedit. Ueber die Entstehung obiger Decretalen und deren Bedeutung vgl. Hildenbrand de bona fide rei propriae debitori ad temporis praescriptionem haud necessaria. 1843. (angezeigt in d. krit. Jahrb. VII. S. 561 fg. Arndts civ. Schr. I. 10.), neu bearbeitet im civ. Arch. XXXVI. 2. — Es gibt vier Hauptmeinungen: a) Die Neuerung

des canonischen Rechts beschränkt sich nur auf die Ersitzung. Kierulff S. 206..209. Seuffert Erörtr. I. S. 134 fg. b) Sie bezieht sich auf jede Verjährung, also auch auf jeden Fall der Klagenverjährung. Thibaut Besitz und Verjährung S. 81 fg. 106., übereinstimmend mit den meisten ältern Praktikern. c) Sie erstreckt sich außer der Ersitzung nur auf die Verjährung der Eigenthumsklage oder der in rem actiones überhaupt. Puchta §. 90. not. a a. Brinz (1. Aufl.) §. 48. a. E. d) Sie betrifft die Klagenverjährung in dem im §. bezeichneten Umfange. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung. 1820. §§. 19..31. Unterholzner I. §. 92. Savigny V. §. 244..246. Windscheid §. 111. [Wächter I. S. 547.] Vgl. Hildenbrand a. a. O. [O. Reich die Entw. der canon. Verj.Lehre 1880.] — Die Praxis ist noch schwankend, jedoch gegen b) und zu d) sich hinneigend, Seuffert's Arch. I. 6. 210. 403. II. 320. VI. 3. VII. 4. XI. 6. 266. XII. 245. XIII. 80. XIV. 203. XVIII. 205.

## §. 110.

### γ) Hinderungen der Verjährung.

Die Verjährung der Klage wird 1) in ihrem Ablauf aufgehalten: a) durch Unmündigkeit des Klageberechtigten[a], b) durch Minderjährigkeit desselben, wenn die Verjährungszeit nicht dreißig Jahre ausmacht[b], c) durch gewisse rechtliche Hindernisse, welche zeitweise der Anstellung der Klage im Wege stehen[c] *(agere non valenti non currit praescriptio)*, d) durch einige factische Hindernisse der Klaganstellung, insbesondere Kriegsereignisse[d]. In diesen Fällen beginnt die Verjährung nicht oder die begonnene steht still (praescriptio *dormiens*), so lange das Hinderniß besteht. Unwissenheit des Klagberechtigten hindert die Verjährung nicht[e]; ausgenommen sofern sie unter Umständen bei der Berechnung des tempus utile der Temporalklagen in Betracht kommen kann[f]. Die Verjährung wird 2) unterbrochen, so daß die schon abgelaufene Zeit nichts mehr gilt und nur eine neue Verjährungszeit wieder anfangen kann: a) durch Anstellung der Klage[g] bei einem competenten Gericht[1], auch durch Erhebung derselben bei einem erwählten Schiedsrichter[h]; für die angestellte, aber nicht durchgeführte Klage tritt eine neue Verjährung von 40 Jahren ein[2], von der letzten Proceßhandlung an gerechnet[i]; b) durch Verwahrung (Protestation) bei der Obrigkeit oder auch außergerichtlich unter Zuziehung von drei Zeugen[k], unter Umständen, wo die wirkliche Anstellung

[a] L. 3. §. 1. Cod. h. t. 7. 39. cf. Nov. 22. cap. 24. in f. [b] L. 5. §. 1. (L. 5.) Cod. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 40 (41). [c] §. 29. J. de rer. div. 2. 1. L. 30. §. 2. (L. 30.) Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 2. Cod. h. t. 7. 40. L. 22. §. 11. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 8. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [d] cap. 10. X. h. t. 2. 26. cf. cap. 14. 15. eodem. can. 10. C. 16. qu. 3. [e] L. 3. Cod. h. t. cf. L. 12. §. 3. i. f. Cod de praescript. l. t. 7. 33. [f] L. 15, §. 4. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 6. D. de calumniat. 3. 6. L. 55. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 19. §. 6. ibid. L. 8. Cod. de dolo. 2. 20 (21). (§. 90.). [g] L. 3. 7. pr. §. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 3. §. 3 (1). Cod. h. t. 7. 40. L. 4 (5). Cod. de duob. reis. 8. 39 (40). cf. L. 139. pr. D. de R. J. L. 9. §. 3. D. de iureiur. 12. 2. L. 8. in f. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [h] L. 5. §. 3 (1). Cod. de rec. 2. 55 (56). [i] L. 9. Cod. h. t. 7. 39. L. 1. §. 1. Cod. h. t. 7. 40. cf. L. un. §. 1. in f. Theod. Cod. h. t. [k] L. 2. Cod. h. t. 7. 40.

der Klage nicht thunlich ist[3]; c) durch jede Anerkennung des klagbaren Rechtsanspruchs von Seiten des Beklagten, z. B. Abschlagzahlung, Ausstellung einer neuen Schuldurkunde, Pfandbestellung u. dgl.[l], insbesondere[m] auch durch Zinszahlung[4]; d) durch Wegfall der die Klage veranlassenden Verletzung, also bei Klagen gegen den Besitzer durch Verlust des Besitzes oder Uebergang desselben auf einen Andern[n], der nicht Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers ist[5].

Anm. 1 Vgl. Seuffert's Arch. XI. 7. — Ueber den entscheidenden Zeitpunkt (Einreichung der Klage? Insinuation derselben? Litiscontestation?) Emminghaus im prakt. Arch. n. F. II. Abh. VI. S. 139 fg. Windscheid §. 108. A. 4. [Vgl. auch Grawein a. a. O. S. 115 fg. Nach der R.C.P.O. §. 239 ist der entscheidende Zeitpunkt „die Erhebung der Klage"; diese aber erfolgt „durch Zustellung eines Schriftsatzes" §. 230.; vgl. noch §. 190. 633. ebenda und Mandry Reichsges. S. 191. 207 fg. (2. Aufl. S. 265 fg. 276 fg. 290 fg.)]

2 Ueber diese sog. Verjährung der Litispendenz (not. i.) vgl. Linde in dessen Ztschr. II. 5. 6. [Die R.C.P.O. hat eine solche Verjährung nicht.]

3 [Unterbrechung der Verjährung durch Anmeldung der Forderung im Concurs: Sonnenschmidt Prakt. Erört. Nr. 26. R.C.O. v. 10. Febr. 1877. §. 13. Grawein S. 124 fg. Mandry S. 208 (2. Aufl. S. 292) fg.] In Betreff der prätorischen Temporalklagen kommt im römischen Recht noch eine jetzt unpraktische Unterbrechung der Verjährung per libellum principi oblatum vor. L. 2. Cod. quando libellus principi datus litis contestationem faciat. 1. 20.

4 [Vgl. überhaupt zu Punkt c des Textes: Grawein S. 97..115.] Ob auch durch Erhebung der Zinsen von dem dritten Besitzer der Hypothek die Verjährung unterbrochen werde? Seuffert's Arch. I. 158. — Windscheid §. 108. A. 2.

5 Die Frage, ob bei der Verjährung der Klagen gegen Besitzer auch accessio possessionis stattfinde (not. n.) wird verneint z. B. von Kierulff S. 200. Note **. Dagegen Savigny V. S. 362..364. Dernburg im civ. Arch. XXXIV. 12. Bekker im Jahrb. IV. S. 199 fg. Windscheid §. 110. A. 5.

## §. 111.

### δ) Wirkung der Klagenverjährung.

Die Verjährung der Klage erzeugt eine Einrede zum Schutze des Beklagten, praescriptio oder exceptio temporis, auch temporalis exceptio, insbesondere 30 vel 40 annorum praescriptio, oder sogenannte longissimi temporis praescriptio, beziehungsweise annalis oder annua exceptio. Das Recht selbst, welches der Klage zum Grunde liegt, wird dadurch unmittelbar nicht aufgehoben. Unbestritten ist dies bei dinglichen Klagen, sofern keine Ersitzung hinzukommt. Sehr streitig aber ist die Frage, ob die Einrede der Verjährung gegen eine persönliche Klage die

l L. 7. §. 2. 5. Cod. h. t. 7. 39. L. 4 (5). Cod. de duob. reis. 8. 39 (40). m L. 8. §. 4. Cod. h. t. 7. 39. n L. 7. §. 1. L. 8. §. 2. Cod. h. t. 7. 39. L. 14. pr. Cod. de fund. patrimon. 11. 62 (61).

dieser zum Grunde liegende Obligatio gänzlich unwirksam mache, oder die Wirkungen einer naturalis obligatio bestehen lasse? eine Frage, die in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen gehört (§. 277). Damit hängt zum Theil auch die Frage zusammen, welchen Einfluß die Verjährung auf Einreden habe, welche sonst an sich, ihrer Natur nach, der Verjährung nicht unterworfen sind, da ihr Vorbringen, durch die Anstellung der Klage bedingt, nicht von dem Berechtigten abhängt.

Anm. L. 5. §. 6. D. de doli exc. 44. 4. Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; nam haec perpetuo competit: quum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. [Wildhagen in d. Jahrb. f. Dogm. XXI. Nr. 1. S. 1 fg.] — Verjährbarkeit der Einreden, wo aus demselben Grunde zugleich eine Klage zusteht [nicht dies, wie Viele glauben, sondern im Gegentheil dasselbe, wie der folgende römische Spruch, meint die Parömie Tant dure l'action (la demande), tant dure l'exception, s. z. B. Toullier VII. nr. 600.], behaupten u. a. Sommer Rechtswissenschaftliche Abh. 1818. S. 1..56. Unterholzner II. §§. 156..160. Sintenis §. 32. A. 39. Dagegen: quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, Savigny V. §. 253 bis 255. Puchta §. 95. not. b. und Vorles. I. S. 217. Seuffert's Arch. I. 159. VII. 145.; mit Ausnahme des Falles, wo die Exceptio eine bloße Folge des verjährbaren Klagrechts ist (L. 59. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 1. §. 4. D. de superfic. 43. 18.). Brinz (1. Aufl.) S. 171. Windscheid §. 112. A. 6..8. Unger II. S. 510 fg. [Wächter Pand. §. 109.] Wohl vereinbar damit ist es, daß eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Ablauf der Restitutionsfrist (§. 122.) auch durch Einrede nicht mehr erzielt werden kann. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Seuffert's Arch. XI. 8. — Nicht hieher gehört es, daß Einreden durch Verspätung des Vorbringens im Proceß verloren gehen können.

## §. 112.

### 5) Uebertragung der Klagen auf Andere.

Klagen können, activ und passiv, durch Vererbung auf einen Andern übergehen (§. 104). Aber es können auch einzelne Klagrechte einem Andern übertragen werden, indem der eigentlich Klagberechtigte diesen ermächtigt, an seiner Statt die Klage anzustellen, und zugleich demselben gestattet, dasjenige, was er dadurch erstreitet, für sich zu behalten und darüber als über das Seinige zu verfügen. Dies ist Cession der Klage, cedere actionem oder actione, gleichbedeutend mit mandare actionem[a]. Der Uebernehmer (Cessionar) kann in Folge dessen als Stellvertreter des Klagberechtigten (des Cedenten) die Klage erheben, aber zu eigenem Vortheile, d. i. als procurator in rem suam[b]. Die

[a] L. 3. §. 5. D. de in rem verso. 15. 3. L. 1. §. 16. D. si quadrup. 9. 1. [b] L. 2. §. 5. D. fam. erc. 10. 2. L. 8. §. 10. D. mand. 17. 1. L. 34. 55. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 1. D. de pactis. 2. 14. L. 24. pr. D. de minor. 4. 4.

Cession ist sowohl bei dinglichen[c], als bei persönlichen Klagen möglich, sofern nur der Erfolg derselben übertragbar ist. Sie ist aber vorzüglich für persönliche Klagen wichtig, und wird daher in der Lehre von den Obligationen näher erörtert werden (§. 254..259). Andrerseits kann auch Jemand eine Klage für den eigentlichen Beklagten als procurator in rem suam aufnehmen, d. h. in der Weise an dessen Stelle treten, daß er für ihn auch der möglichen Verurtheilung persönlich sich unterwirft und zur Erfüllung der daraus hervorgehenden Verpflichtungen sich anheischig macht[d]. Doch wird dadurch dem Berechtigten nur, sofern er darin einwilligt, die Möglichkeit, den wahren Gegner selbst in Anspruch zu nehmen, benommen[e].

Anm. Ueber die Cession der Vindication: Ihering in den dogmat. Jahrb. I. S. 104 fg. vgl. Zimmermann in Linde's Ztschr. n. F. XV. S. 102 fg. [Schey in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 127 fg.]

## §. 113.

## B. Von dem Streitverhältniß unter den Parteien.

Durch den wirklichen Beginn des Rechtsstreites entsteht ein neues vertragähnliches Verhältniß unter denjenigen, die sich nun als streitende Theile gegenüberstehen. Indem sie dem endlichen Ergebniß dieses Rechtsstreites sich zu unterwerfen haben, hängt nun für sie von dessen Ausgang die Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses ab. Während der Beklagte verlangen kann, daß er wegen desselben Anspruches nicht in mehrere Processe verwickelt werde, muß er seinerseits dem Kläger auch gerecht werden, sowie dessen Anspruch in diesem Verfahren als begründet erkannt wird. Von der durch den Rechtsstreit verursachten Zögerung soll er keinen Vortheil ziehen, vielmehr die Möglichkeit eines dem Gegner günstigen Urtheils vorsehend, schon im Voraus darauf Bedacht nehmen, daß demselben durch jene Zögerung kein Nachtheil entstehe; er ist insofern schuldig, diesem zu erstatten, was ihm in Folge derselben entgeht. Hieraus ergeben sich oder stehen doch mehr oder weniger damit in Verbindung verschiedene Wirkungen, welche der begonnene Proceß rücksichtlich des in Streit befangenen Rechtsverhältnisses hervorbringt. Der Moment des Verfahrens, mit welchem nach römischem Recht diese Wirkungen regelmäßig eintreten, ist die Litiscontestatio, d. i. diejenige Parteiverhandlung vor Gericht, wodurch zuerst der Beklagte auf das Vorbringen

[c] L. 9. Cod. de hered. v. act. vend. 4. 39. L. 21. 63. D. de rei vind. 6. 1. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 25. §. 8. D. locati. 19. 2. L. 14. pr. D. de furtis. 47. 2. [d] L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 66. §. 2. D. de eviction. 21. 2. L. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 23. D. de solut. 46. 3. [e] L. 29. D. de procur. 3. 3.

des Klägers in solcher Weise sich erklärt, daß daraus die Nothwendigkeit richterlicher Entscheidung, also Dasein und Inhalt des Rechtsstreites sich ergibt. Indessen sind schon nach römischem Recht mehrere von jenen Wirkungen auf die Anstellung der Klage und deren Mittheilung (Insinuation) an den Beklagten übertragen; nach heutigem Recht aber, in welchem der Begriff der Litiscontestation bedeutend modificirt worden ist, erscheint die Insinuation als der geeignete Moment, mit welchem die meisten der fraglichen Wirkungen zu verbinden sind.

Anm. 1 Ueber diese Lehre, in welcher fast alle einzelnen Punkte streitig sind, hat uns die neueste Zeit, nach Entdeckung der hiefür besonders wichtigen Institutionen des Gaius, mehrere treffliche Arbeiten geliefert: Keller über Litiscontestation und Urtheil nach klassischem R. Rt. 1827. — Wächter Erört. Heft III. (1846.) — Buchka die Lehre von dem Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß, 2 Thle. 1846. 47. — Savigny System §. 256..279. Bd. VI. S. 1..256. (1847). — Vgl. auch Sintenis Erläutr. über verschiedene Lehren des Civilproc. nach Linde's Lehrb. I. Heft. 1839. Nr. VI. [recte: IV.] S. 91..210, und Roßhirt zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht. 1848. — Vangerow I. §. 160. Windscheid I. §. 124..126. Unger II. §. 127. 128. Förster I. §. 51. Brinz 2. Aufl. §. 93..95. [Degenkolb Einlassungszwang. S. 23 fg. Katz d. mat. Wirkung d. Litiscont. bei dingl. Rechten und bei Forderungen. 1878. Birkmeyer der Begriff d. Streiteinlassung nach d. R.C.P.O. und seine Vorgeschichte, im civ. Arch. LXVI. 2. S. 22 fg.]

2 Nach dem älteren römischen Verfahren war die Litiscontestatio ein besonderer, ursprünglich mit Anrufung von Zeugen verbundener Act, welcher den Schluß der den Rechtsstreit einleitenden Verhandlungen vor dem Magistratus (in iure) bildete, wonach die Sache in das nun constituirte Judicium (im engern Sinn) überging (lis contestata, iudicium acceptum). In extraordinariis iudiciis, und so denn nach späterem Recht in allen Fällen, vertrat deren Stelle die im Text bezeichnete erste Parteiverhandlung vor dem Richter. L. un. Cod. de litis contest. 3. 9. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. L. 14. §. 4 (1). Cod. de iud. 3. 1. ... cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem obiectam. Keller a. a. O. §. 1..6. und dessen röm. Civilproc. §. 59..62. Savigny §. 257. 258. Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. §. 102. III. §. 153. Im heutigen gemeinen Proceß versteht man unter L. C. (Kriegsbefestigung, Einlassung) die Erklärung des Beklagten auf die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen. Savigny §. 259. Wächter S. 74..84.

3 Der Grundsatz, daß nach einmal eingeleitetem Rechtsstreit der Kläger nur von dessen Ausgang die Verwirklichung seines Rechtsanspruchs zu erwarten habe, fand seinen Ausdruck in der alten Rechtsregel: „*De eadem re ne bis sit actio*". Nach älterem R. R. wurde demgemäß schon durch die L. C. die Wiederanstellung derselben Klage ausgeschlossen oder das bisherige Klagrecht zerstört (consumirt), bald ipso iure (nämlich bei persönlichen Klagen in legitimis iudiciis mit formula in ius concepta), bald per exceptionem rei in litem deductae, wogegen nur aus besondern Gründen der Billigkeit außerordentliche Hülfe des Prätors schützte. Gai. III. 180. 181. IV. 104..109. Daher, wie Gaius mit Beziehung auf den ersten Fall sagt (§. 180. cit.): apud veteres

scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Vgl. darüber noch vorzüglich Bekker die processualische Consumtion im klassischen R. R. 1853. (recens. v. Dernburg i. d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 339 fg. und Helmolt in der krit. Ueberschau III. 6.); über den Ursprung der Regel Pöschmann in Schletter's Jahrb. II. S. 189 fg.; dazu Windscheid Actio S. 46 fg. und dagegen Muther S. 68 fg., gegen diesen wieder Windscheid in seiner Abwehr S. 42 fg., dann Krüger processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. §. 103. und dazu d. Bemerkungen von Krüger in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 231 fg. [Kleinschrod über die process. Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils. 1875. (recens. v. Bekker in der Jen. Lit. Ztg. 1875. Nr. 22. und v. Schott in d. krit. Vjschr. XIX. S. 481 fg.) Schultze Privatr. u. Proceß I. S. 272 fg., 313 fg., 332 fg., 431 fg., 500 fg. Voigt die XII Tafeln I. S. 544 fg.] Im spätern Recht ist die directe Consumtion, wegen Mangels der angegebenen Voraussetzungen, von selbst weggefallen; aber auch die exceptio rei in litem deductae findet sich im Justinianischen Rechte nicht genannt; zudem sind verschiedene Consequenzen der alten Regel ausdrücklich aufgehoben, und hat sich überhaupt die Ansicht geltend gemacht, daß die einmal geschehene Litiscontestatio allein noch nicht die Wiederanstellung derselben Klage hindere. Aber manche Sätze, die sich als Folgesätze der alten Regel darstellen, sind gleichwohl auch im Justinianischen Recht noch aufgenommen, was man nicht überall als Versehen zu betrachten berechtigt ist. Vgl. z. B. §. 271. A. 3. Bekker a. a. O. S. 11. Wieding der justinianische Libellproceß, S. 393 fg. Jedenfalls kann der Beklagte, gegen den ein Rechtsstreit bereits anhängig ist, die gleichzeitige Erhebung eines andern Rechtsstreits wegen desselben Anspruchs durch eine Einrede abwehren, die man heutzutage die Einrede der Litispendenz nennt. Puchta II. S. 107..146. Vgl. noch Windscheid §. 124. A. 1. [Wächter Pand. I. S. 566 fg. und unten §. 116. A. 4.]

4 Ein materieller Einfluß der L. C., beziehungsweise der Insinuation der Klage, zeigt sich nach Justinianischem Recht in folgenden Punkten:

a) Der Zeitpunkt der L. C. kommt zunächst in Betracht bei der Frage nach der Existenz des der Klage zum Grunde liegenden Rechts. Spätere Entstehung desselben hilft dem Kläger nicht zum Siege in diesem Proceß. L. 23. 35. D. de iud. 5. 1. cf. L. 11. §. 4. 5. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 7. §. 7. D. ad exhib. 10. 4. L. 47. D. de solut. 46. 3. L. 36 (37). pr. §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 20. D. quod met. 4. 2. L. 34. pr. D. de min. 4. 4. (Nicht widersprechend L. 17. D. mand. 17. 1. Savigny S. 68.) Jedoch ist diese Regel modificirt durch cap. 3. de sent. in 6to. 2. 14., [die Modification selbst aber jetzt aufgegeben durch die R.C.P.O. §. 230., wo verlangt ist, daß die Klagschrift auch enthalte „die bestimmte Angabe .. des Grundes des erhobenen Anspruchs."] Auch bezieht sich die Regel nicht auf das Dasein bloß factischer Voraussetzungen zur Verurtheilung des Beklagten. L. 30. pr. D. de peculio. 15. 1. Windscheid §. 128. A. 5.

b) Der Beklagte ist schuldig, nicht nur herauszugeben, was er während des Rechtsstreites durch die Verzögerung der Befriedigung des Klägers gewinnt, sondern auch den versäumten Gewinn, sowie den eingetretenen Verlust zu ersetzen, sofern ihm in dieser Beziehung eine Schuld beizumessen ist; wer aber mit wissentlichem Unrecht (mala fide) dem Kläger vorenthält was ihm gebührt, ist eben deshalb schon in Schuld und haftet daher selbst für zufälligen Schaden, welcher den Kläger sonst nicht betroffen haben würde.

Hierauf bezieht sich die (jedoch nach ihrem Wortlaut etwas zu weit greifende) Regel: ut post acceptum iudicium id actori praestetur (oder causa omnis restituenda sit, id est omne), quod habiturus esset actor, si statim litis contestatae tempore res ei reddita fuisset oder si controversia ei facta non esset. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. L. 17. §. 1. L. 20. D. de rei vind. 6. 1. L. 31. pr. D. de reb. cred. 12. 1. L. 35. 75. D. de V. S. In Verbindung damit steht die Regel: post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse (quinimo post motam controversiam), L. 25. §. 7. D. de her. pet. 5. 3., d. h. den redlichen Besitzer treffen von nun an gleiche Verpflichtungen, wie den unredlichen, L. 45. D. de rei vind. 6. 1. L. 22. Cod. eod. 3. 32., was jedoch nicht auch rücksichtlich der Haftung für den Zufall gilt, nec enim debet ... propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 40. pr. cf. L. 36. §. 4. D. de her. pet. 5. 3. Vgl. Savigny VI. §. 272 fg. Mommsen Beitr. III. S. 188 fg. Als der entscheidende Zeitpunkt dafür wird zunächst ebenfalls die L. C. angegeben; aber bei dem Erbschaftsstreite ist diese Wirkung ausdrücklich schon mit der Mittheilung der Klage verbunden. L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. l. c. (bestritten von Savigny S. 84..95.; dagegen Arndts im Rtslex. V. S. 227., civ. Schr. II. S. 299 fg.), und dies wird mit gutem Grund auch auf andere Fälle ausgedehnt; arg. L. 75. D. de V. S. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. §. 2. J. de off. iud. 4. 17. Vgl. Wächter S. 105..110. Buchka II. S. 69..75. Windscheid §. 124. A. 5..7. §. 126. A. 5.

c) Mit der Regel unter b) hängt es zusammen, daß, wenn in Folge der Streitzögerung das der Klage zum Grunde liegende Recht verloren geht, nichtsdestoweniger Verurtheilung des Beklagten erfolgen kann. L. 17. in f. L. 18. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. L. 8. §. 4. 5. D. si serv. vind. 8. 5. L. 10. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 35. in f. D. de V. S. cf. L. 16. pr. L. 27. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. §. 7. D. ad exhib. 10. 4. L. 14. pr. D. de cond. furt. 13. 1. L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. Wächter S. 124..134. Zu weit geht Savigny §. 261. Puchta §. 96. not. k. Vgl. Römer das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil. 1852., und darüber Bekker und Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 258 fg., dazu Römer ebenda S. 397 fg. Windscheid §. 128. A. 2..4.

d) Nach gleichem Gesichtspunkte ist auch die fortdauernde Haftung des mit einer Noxalklage Belangten, welcher später die Möglichkeit der noxae datio verliert, zu beurtheilen, die man mit Unrecht als unbedingte annimmt. L. 1. §. 13. 16. D. si quadrup. 9. 1. L. 37. 38. pr. D. de noxal. act. 9. 4.

e) Der Proceß unterbricht die Verjährung der Klage, wonach denn eine neue vierzigjährige Verjährung beginnen kann. Diese Wirkung ist nach Justinianischem Recht schon mit der Insinuation der Klage verbunden. L. 7. pr. §. 1. Cod. de 30 ann. praescr. 7. 39. L. 3. §. 3 (1). Cod. de ann. exc. 7. 40. Doch wollen Manche bei allen, Andere wenigstens bei Temporalklagen sie erst mit der L. C. eintreten lassen. Unterholzner Verj. I. S. 441 fg. Vangerow I. §. 160. A. Nr. I. Nach Andern soll zwar die Unterbrechung der Verjährung schon früher, die Möglichkeit vierzigjähriger Verjährung (sog. Perpetuation der Klage) aber erst nach der L. C. eintreten. Puchta §. 96. not. f. g. Wieder Andere legen jene Wirkung schon dem Anbringen der Klage bei. Sintenis §. 31. A. 52. vgl. Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. VIII. S. 276 fg. Dagegen Savigny V. §. 242. 243. Wächter S. 89..97. Windscheid §. 108. A. 4. §. 125. A. 10. §. 126. A. 3. 4. Vgl. oben §. 110. A. 1.

f) Nach der L. C. gehen sonst unvererbliche Klagen activ und passiv auf die Erben über (§. 104.) — Die Klage wegen Landfriedensbruch soll, gemäß der K.G.O. v. 1555. II. 9. §. 6. R.D.A. von 1557. §. 22., schon nach der Insinuation unbedingt gegen die Erben gehen. Wächter S. 111..114. Savigny S. 250.

g) Wer, als vermeintlicher Besitzer belangt, den Kläger täuschend auf die Klage sich einläßt, als ob er wirklich besitze, *qui liti se obtulit*, haftet gleich einem wirklichen Besitzer. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. L. 25..27. pr. D. de rei vind. 6. 1.

h) Nach der L. C. ist die Veräußerung der Sache, welche Gegenstand des Streites ist (res litigiosa), die Cession der erhobenen Klage (actio ligitiosa) gesetzlich untersagt. Dig. de litigiosis. 44. 6. Cod. 8. 36 (37). cf. fragm. de iure fisci. §. 8. L. un. Th. Cod. de litigiosis. 4. 5. Nach Nov. 112. cap. 1. aber tritt in Ansehung vindicirter Sachen das Veräußerungsverbot schon von der Mittheilung der Klage an in Wirksamkeit. Ausgenommen sind unfreiwillige Veräußerungen, sodann Veräußerung durch Vergleich, Erbtheilung, Vermächtniß und Bestellung einer Dos oder Donatio propter Nuptias. L. 13. D. fam. erc. 10. 2. L. 5 (4). in f. Cod. de litig. 8. 36 (37). Vgl. Bachofen ausgewählte Lehren, Abh. II., Zimmermann im civ. Arch. XXXV. 13. XXXVI. 3. und Hartter in Linde's Ztschr. n. F. XII. 14., die beiden letzten insbesondere über die heutige Anwendbarkeit der römischen Vorschriften, aber auch Tewes in Haimerl's Vjschr. VI. 9., Zaun im prakt. Arch. VIII. 10. S. 279 fg. Seuffert's Arch. XV. 217. Vangerow §. 160. A. Nr. V. Windscheid §. 125. A. 2..9. [Wächter Pand. §. 110. Beil. — Anders als das Röm. Recht jetzt die R.C.P.O. §. 236: „Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der andern Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cediren. Die Veräußerung oder Cession hat auf den Proceß keinen Einfluß.... Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar." Vgl. auch §. 237. 238 ebenda und Mandry Reichsges. S. 158. 192 fg. (2. Aufl. S. 232. 270 fg.)]

[5] Bezüglich der Frage, welcher Proceßact nach heutigem Recht für die angegebenen materiellen Wirkungen der entscheidende sei, gibt es drei Hauptansichten: a) die eine hält sich, einzelne Modificationen abgerechnet, an die Vorschriften des R. Rechts, indem sie die heutige L. C. der römischen gleichstellt; Wächter S. 89 fg. [Pand. I. S. 556. Anm. 1.]; b) die andere setzt allgemein, wenigstens rücksichtlich des materiellen Einflusses, welchen die Dauer des Rechtsstreites auf das streitige Rechtsverhältniß äußern mag, an die Stelle der römischen L. C. die Mittheilung der Klage an den Beklagten. Savigny S. 243 fg. Keller Pand. §. 95; c) die dritte betrachtet nach innern Gründen bald die Erhebung der Klage (für 4. e. und f.), bald und zwar in den meisten Beziehungen, deren Mittheilung, bald (für 4. g.) die heutige L. C. als den entscheidenden Moment. Sintenis Erläutr. S. 145 fg. Civilrt. §. 33. Dem Wesen des heutigen Verfahrens, in Verbindung mit den gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts, entspricht am besten die zweite Meinung, jedoch mit Ausnahme des von Savigny auch nicht mit aufgeführten Punktes unter 4. g., wobei nach der Natur der Sache eine einläßliche Erklärung des Beklagten vorausgesetzt wird. Vgl. jedoch Windscheid Actio S. 67 fg. Pand. §. 126. [Die Streitfrage ist nunmehr durch die R.C.P.O. (§§. 230. 235. 239. 460. 461. 471. Al. 2. 633. 636.) entschieden, „und zwar ist es den Worten nach die Klagerhebung und was ihr parallel geht, ... der Sache nach aber die vorschriftmäßig erfolgte Mittheilung des Anspruchs und seiner Geltendmachung an den Proceßgegner (Klagmittheilung), was denselben rechtshängig

macht." Mandry Reichsges. S. 188 (2. Aufl. S. 264) fg. Vgl. auch Bülow im civ. Arch. LXII. S. 11 fg., Wach in d. Wiener Ztschr. VII. S. 140 fg., Schwalbach im civ. Arch. LXIV. 6.]

## C. Vom Beweise[a].

### §. 114.

### 1) Gegenstand des Beweises. Beweislast.

Die richterliche Entscheidung über das streitige Rechtsverhältniß hängt von der erkannten Wahrheit der Thatsachen ab, auf welche sich das Begehren der einen und andern Partei gründet. Diese müssen daher bewiesen, d. h. dem Richter müssen genügende Gründe zu deren Fürwahrannahme gegeben werden. Gegenstand des Beweises sind eben nur Thatsachen (denn *iura novit curia*); und zwar erhebliche (relevante) Thatsachen, d. i. solche, auf die bei Entscheidung des Rechtsstreites etwas ankommt, und nur ungewisse Thatsachen, daher nicht notorische, d. i. so allgemein bekannte, daß keine Partei sie bestreiten kann[b], eben so wenig solche, deren Bestreitung vermöge einer Rechtsvorschrift unzulässig ist[c] (für die eine sog. praesumtio iuris et de iure besteht), endlich auch diejenigen nicht, die unter den Parteien wirklich nicht streitig sind. Was nämlich eine Partei in der Proceßverhandlung selbst zu ihrem Nachtheil einräumt, es sei zunächst eine Thatsache oder unmittelbar ein Rechtsverhältniß, das gilt eben deshalb als wahr[d], und wenn sie den Anspruch des Gegners vollständig einräumt, so ist dadurch der Streit selbst entschieden[1], sofern nicht das Geständniß etwa noch einer Anfechtung unterliegt[e]. Weil aber dieses sonach mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites enthält, so kann es nur wirksam sein, wenn und soweit der Geständige darüber zu verfügen fähig und berechtigt ist[f].

In Ansehung streitiger Thatsachen nun liegt die Nothwendigkeit des Beweises (Beweislast, onus probandi) derjenigen Partei ob, welcher daran gelegen ist, den Richter von deren Wahrheit zu überzeugen, weil davon eine ihr günstige Entscheidung abhängt. So hat zunächst der Kläger[g] die positiven oder negativen[h] Thatsachen zu beweisen, durch welche die Klage, sodann der Beklagte[i] diejenigen, wodurch seine Exceptio begründet worden, u. s. w.[2] Jedoch genügt es, die thatsächlichen Vor-

[a] Dig. de probationibus et praesumtionibus. 22. 3. Cod. de probationibus. 4. 19. X. 2. 19. Clem. 2. 7. [b] cap. 3. X. de testib. cog. 2. 21. [R.C.Pr.O. §. 264.] [c] cap. 30. X. de sponsal. 4. 1. [d] Dig. de confessis. 42. 2. L. un. Cod. de confessis. 7. 59. cf. Dig. de interrogationibus in iure. 11. 1. [R.C.Pr.O. §. 261..263. 278.] [e] L. 2. 7. D. h. t. 42. 2. L. 11. §. 8..L. 16. D. de interrog. 11. 1. cap. 3. X. de confessis. 2. 18. [f] L. 6. §. 4. 5. D. h. t. 42. 2. [g] L. 2. 21. D. de probat. 22. 3. L. 2. 8. 15. 20. 23. Cod. h. t. 4. 19. [h] L. 25. pr. D. h. t. 22. 3. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. [i] L. 9. 19. pr. L. 25. §. 2. D. h. t. L. 1. D. de except. 44. 1. L. 19. Cod. h. t.

aussetzungen der Entstehung des die Klage oder Einrede erzeugenden Verhältnisses zu beweisen, und zwar nach den regelmäßig dabei hervortretenden Momenten; die Aenderung des einmal entstandenen Verhältnisses, also die Aufhebung des einmal erworbenen Rechts[k], oder das Dasein besonderer Hindernisse, welche der regelmäßigen Wirkung der erwiesenen Thatumstände entgegenstanden[l], muß von der Gegenpartei, die sich darauf beruft, bewiesen werden[3]. Ebenso fällt auch sonst noch in verschiedenen Fällen der Gegenpartei der Beweis zur Last, weil eine Thatsache vermöge rechtlicher Vorschrift *(praesumtio iuris)* für wahr anzunehmen ist, so lange nicht das Gegentheil bewiesen wird; z. B. die sog. naturalia negotii[m], auch der gute Glaube[n], sofern er nicht nach den vorliegenden Umständen[o] als ganz ungerechtfertigt und darum unglaublich erscheint[4]. Die bloße Wahrscheinlichkeit einer Thatsache aber (praesumtio hominis oder facti) befreit vom Beweise nicht[p].

Anm. [1] L. 1. D. h. t. 42. 2. Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 6. pr. §. 2. ibid. Certum confessus pro iudicato erit, incertum non erit. — Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habeberis, atque si dominii mei fundum esse pronunciatum esset; ... et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato haberi. L. 56. D. de re iud. 42. 1. Post rem iudicatam vel iureiurando decisam vel confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem D. Marci, quia in iure confessi pro iudicatis habentur. Cf. L. 25. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Notandum, quod in hac actione, quae adversus confitentem datur (*confessoria* actio), iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur; nam nullae partes sunt iudicandi (*iudicantis?*) in confitentes. [Die R.C.P.O. §. 261. erklärt für nicht beweisbedürftig die von einer Partei behaupteten Thatsachen insoweit „als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind. Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich". §. 263. läßt einen Widerruf des gerichtlichen Geständnisses nur dann zu, „wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei." §. 278: „Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen."] Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. IV. Savigny §. 302..308. Bd. VII. S. 1..47., auch Bethmann-Hollweg Civilproc. II. S. 109. [Canstein Anerkennung und Geständniß im Allg. u. nach der deutschen C.P.O. 1879. (S.A. aus d. Ztschr. f. deutschen Civilpr.) und jetzt hauptſ. Demelius die Confessio im Röm. Civ.Pr. und d. gerichtl. Geständniß der neuesten Proceßgesetzgebung. 1880. (drbr. Krüger in d. krit. Vjschr. XXII. S. 414 fg.),

[k] L. 12. 22. 25. §. 2. in f. D. h. t. L. 1. 16. Cod. h. t. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. [l] L. 5. 9. 17. D. h. t. L. 11. Cod. h. t. L. 5. Cod. de codicillis. 6. 36. cf. L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. cap. 16. X. de praesumt. 2. 23. [m] L. 9. D. h. t. L. 24. 25. ibid. [n] arg. L. 18. §. 1. D. h. t. L. 30. Cod. de evict. 8. 44 (45). cap. 47. in 6to. de R. J. 5. 13. [o] L. 44. §. 4. D. de usurp. 41. 3. L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. [p] L. 10. 17. 22. Cod. h. t. 4. 19.

wo die herrschende Lehre in wesentlichen Stücken und namentlich §. 263. C.P.O. als verfehlt und unbegründet angegriffen wird. Dagegen Wach das Geständniß, im civ. Arch. LXIV. 5. S. 201 fg. Vgl. jetzt noch Schultze Priv.R. u. Proceß. I. S. 455 fg.] — Ueber interrogationes in iure (Dig. 11. 1.) vgl. Savigny §. 305. [und nun vorzüglich Demelius S. 28 fg. 245 .. 354. Lenel das ed. perpet. S. 113 fg. S. auch unten §. 509. A. 4. 5.]

[2] L. 2. D. h. t. 22. 3. Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. L. 21. ibid. Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. L. 4. Cod. de edendo. 2. 1. Actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestarit, obtineat. — (*Actore non probante reus absolvitur*). — L. 23. Cod. h. t. 4. 19. Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 15. D. de op. nov. nunt. 39. 1..... ut de iure suo probare necesse haberet, id enim esse petitoris partes sustinere. — L. 1. D. de except. 44. 1. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur; nam reus in exceptione actor est. L. 19. pr. D. h. t. 22. 3. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere. Vgl. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprocesse. 1805. Dritte Ausgabe von Heffter 1845. Bethmann-Hollweg Versuche, Abh. V. Dazu Helmolt Verhältniß der Exceptionen zur Beweislast, 1852., jedoch darüber Bekker in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 83 fg.; sodann Römer die Beweislast hinsichtlich des Irrthums. 1852; neueste Schriften: H. Gerber Beitr. zur Lehre vom Klaggrund und der Beweislast. 1858. (vgl. krit. Vjschr. I. S. 130 fg.), Mayen über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861. Windscheid §. 133. Vgl. aber auch noch Jhering über den Grund des Besitzesschutzes S. 48 fg.

[3] Ueber den Beweis von Bedingungen insbesondere vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354 fg. Puchta Vorles. I. §. 97. 98. a. E. Mayen S. 131 fg. mit Unger II. S. 572 fg. Schönemann in Linde's Ztschr. n. F. XIX. 7. und Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 13 (civ. Schr. III. S. 486) fg. Windscheid §. 86. A. 4. [Wendt L. v. bedingten Rechtsgesch. S. 49 fg. Römer im civ. Arch. LXII. S. 164 fg. Ueber den Beweis des Zeitablaufs bei der Verjährung und gesetzlichen Befristung vgl. Grawein Verjährung S. 179 fg.]

[4] Ueber Rechtsvermuthungen überhaupt: Burkhardt d. civilistischen Präsumtionen. 1866. [Unger System II. §. 130. Trendelenburg Ueber die praesumt. iuris et de iure. Ein Beitrag zur Logik des Rechts. Auszug aus dem Monatsbericht (Okt. 1868) der kgl. Akademie der Wissensch. zu Berlin]; über den Beweis der mala oder bona fides: Harnier de probatione bonae fidei. 1841. Savigny Obligationenrecht II. S. 148 fg. Unger in Haimerl's Vjschr. I. S. 87 fg. Vgl. unten §. 160.

## §. 115.

### 2) Beweisführung. Eid.

Die Lehre von der Art und Weise der Beweisführung und den Beweismitteln gehört dem Proceßrecht an. Unter diesen sind besonders wichtig Urkunden, documenta, instrumenta[a], und Zeugen, testes[b]

[a] Dig. de fide instrumentorum et amissione eorum. 22. 4. Cod. 4. 21. [b] Dig. de testibus. 22. 5. Cod. 4. 20.

(auch instrumenta im w. S.), welche beide auch zur Form von Rechtsgeschäften gehören können (§. 64). Eine besondere zugleich civilrechtliche Bedeutung aber hat in dieser Beziehung der Eid, iusiurandum, iuramentum[c], d. i. die feierliche Bekräftigung einer Erklärung unter Berufung auf einen heilig gehaltenen Gegenstand[d], nach christlichem Gebrauche unter Anrufung Gottes. Die Erklärung, welche durch den Eid bekräftigt wird, kann entweder in einer Zusage bestehen, oder in einer Aussage über Thatsachen oder Rechtsverhältnisse. Im ersten Fall nennt man den Eid iusiurandum *promissorium*, Versprechungseid (§. 93), im andern Fall iusiurandum *assertorium*, Versicherungs- oder Bestätigungseid. Dieser nun kommt in Processen auf verschiedene Art zur Anwendung, um eine Entscheidung über streitige Punkte herbeizuführen[e]. Es kann nämlich

1) eine Partei der andern den Eid zuschieben (iusiurandum deferre), d. h. ihr antragen, durch ihre eidliche Aussage selbst über das unter ihnen Streitige zu entscheiden[f]. Sie muß alsdann, wenn nach ihrem Antrag der Eid geleistet wird, das Beschworene als wahr anerkennen[g], und solchergestalt [konnte, soweit nicht schon früher die Praxis Eide im Proceß nur über Thatsachen zuließ, vor der Wirksamkeit der R.C.Pr.O.] über das streitige Rechtsverhältniß selbst durch Eid einer Partei entschieden werden[h], gleichwie durch Geständniß oder Urtheil[i]. Der Eidesantrag im Proceß hat aber andererseits die Wirkung, daß die zum Eide aufgeforderte Partei als geständig des Gegentheils des von ihr zu Beschwörenden behandelt wird, wenn sie den Eid abzuleisten sich weigert. Doch kann sie auch, statt selbst zu schwören, den Eid zurückschieben, referre iusiurandum, d. h. der Gegenpartei überlassen, das Gegentheil zu beschwören, was alsdann diese nur mit gleichem Nachtheil verweigern kann[i]. Erlassung des angenommenen Eides von Seiten des Deferenten oder Referenten ersetzt die wirkliche Ableistung[k]. Demnach enthält die Zuschiebung oder Erlassung des Eides mittelbar eine Verfügung über den Gegenstand des Streites und setzt daher die Fähigkeit und Berechtigung zu solcher Verfügung voraus[l].

2) Ist ein Beweis unvollständig geführt, so kann nach Umständen

[c] Dig. de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. 12. 2. Cod. de reb. cred. et iureiurando. 4. 1. cf. X. de iureiurando. 2. 24. Sextus. 2. 11. Clem. 2. 9. [d] L. 3. §. 4.. L. 5. pr. §. 1. 3. L. 33. D. h. t. [e] L. 1. D. h. t. [f] L. 2. 3. pr. D. h. t. L. 25. §. 3. D. de probat. 22. 3. [g] L. 1. 3. Cod. h. t. L. 21. D. de dolo. 4. 3. [h] L. 3. 7. et sqq. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. L. 56. de re iud. 42. 1. [i] L. 34. §. 6..9. L. 38. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 34. §. 4. L. 37. D. h. t. [k] L. 6. 9. §. 1. L. 41. D. h. t. L. 1. 8. Cod. h. t. [l] L. 9. §. 4. 5. L. 17. §. 1. L. 22. 32. 34. §. 1. L. 35. pr. §. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. cf. L. 9. §. 6. L. 23.. 26. §. 1. L. 42. pr. §. 2. D. h. t.

der Richter der beweisführenden Partei oder der Gegenpartei auferlegen, denselben durch ihren Eid zu ergänzen (iusiurandum *suppletorium*), beziehungsweise zu entkräften (iusiurandum *purgatorium*[m]). Diese Eide sind rein processualischer Natur.

3) Häufig wird dem Kläger gestattet, den Betrag des vom Beklagten zu leistenden Schadensersatzes durch eidliche Angabe selbst zu bestimmen. Ein solcher Schätzungs- oder Würderungseid, iusiurandum in litem[n], findet vorzugsweise[2] bei Klagen auf Restitution oder Exhibition[o], und zwar wegen Ungehorsams (contumacia) oder erwiesener grober Schuld (dolus und lata culpa) des Beklagten[p], statt, wenn nicht die Größe des Schadens ohnehin gewiß ist[q]; sonst nur im Nothfall, wo der Werth auf andere Art nicht zu ermitteln ist[r]. Der Richter ist es, welcher diesen Eid deferirt, und dieser kann denn auch nach Umständen entweder vorher ein höchstes Maß der Schätzung festsetzen, welches der Schwörende nicht überschreiten soll (iusiurandum in litem cum taxatione delatum), oder, wenn der Eid ohne solche Beschränkung gestattet worden[3], nachher die offenbar übermäßige Schätzung herabsetzen[s]. Ein besonderer Fall des Schätzungseides ist das sog. iusiurandum *Zenonianum*[t], zur Bestimmung des Schadens, den man bei gewaltsamer Besitzentsetzung erlitten, welches aber nur in Ermanglung andrer Beweise und immer mit vorhergehender richterlicher Schätzung (cum taxatione) gestattet sein soll[4 5].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. 12. 2. Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem quam res iudicata; vgl. §. 114. A. 1. — L. 3. pr. D. h. t. Ait praetor: *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit;* L. 7. pr. ibid.: Ait praetor: *eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit*, *neque in ipsum, neque in eum*, *ad quem ea res pertinet*, *actionem dabo*. L. 9. §. 1. ibid. Iureiurando dato vel remisso, reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque; actor vero actionem acquirit, in qua hoc solum quaeritur, an iuraverit *dari sibi oportere*, vel, cum iurare paratus esset, iusiurandum ei remissum sit. — L. 13. §. 1. D. h. t. Julianus ait, eum, qui iuravit, *fundum suum esse,* post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere. L. 8. Cod. h. t. Actori delato vel relato iureiurando, si iuraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit. Savigny §. 303..314. Bd. VII. S. 47..90. vgl. Kietzelbach in d. dogm. Jahrb. IV. 4. [Lenel d. ed. perpet. S. 116 fg. Schultze Privatr. u. Proceß. I. S. 509 fg. — R.C.P.O. §. 410: „Die

[m] L. 1. 31. D. h. t. L. 3. 12. pr. Cod. h. t. cap. 36. §. 1. X. h. t. [n] Dig. de in litem iurando. 12. 3. Cod. 5. 53. [o] L. 2. 5. pr. L. 8. D. h. t. 12. 3. L. 18. pr. §. 1. D. de dolo. 4. 3. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 2. 3. D. ad exhib. 10. 4. L. 16. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 25. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. L. 48. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 1. §. 26. D. depositi. 16. 3. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. [p] L. 2. 4. §. 4. L. 5. §. 3. D. h. t. L. 1. 2. 4. Cod. h. t. L. 15. §. 9..11. D. quod vi. 43. 24. [q] L. 3. D. h. t. [r] L. 5. §. 4. L. 6. 9. D. h. t. cf. L. 5. pr. D. depos. 16. 3. L. 4. Cod. de act. emti. 4. 49. [s] L. 4. §. 1..3. L. 5. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 18. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. L. 68. D. de rei vind. 6. 1. [t] L. 9. Cod. unde vi. 8. 4. (imp. Zeno A. Sebastiano p. p.)

Eideszuschiebung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind".]

[2] L. 2. (§. 1.) D. h. t. 12. 3. Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. L. 5. pr. ibid. In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur. §. 1. Sed iudex potest praefinire certam summam usque ad quam iuretur, licuit enim ei a primo nec deferre. §. 2. Item etsi iuratum fuerit, licet iudici vel absolvere vel minoris condemnare. §. 3. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur, non etiam ob culpam; haec enim iudex aestimat. §. 4. Plane interdum et in actione stricti iudicii in litem iurandum est: veluti, si promissor Stichi moram fecerit et Stichus decesserit; quia iudex aestimare, sine relatione iurisiurandi, non potest rem, quae non extat. L. 6. ibid. Alias si ex stipulatu vel ex testamento agatur, non solet in litem iurari. L. 68. D. de rei vind. Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse restituere ... si quidem dolo fecit, quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit, quo minus possit: non pluris quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet. — Das eigentliche Gebiet des Schätzungseides waren hiernach die arbitrariae actiones und bonae fidei actiones, sofern sie auf ein restituere gingen und daher zugleich arbitrariae waren. (Gai. IV. 47.) Vgl. Schröter in seiner und Linde's Ztschr. VII. 11. Savigny V. §. 221. 222. Mommsen Beitr. II. S. 259 fg. [Gimmerthal das Eig. im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts. 1874. §. 9. (Dazu Kohler Ges. Abh. S. 85 fg.) Hesse Bedeutung und Anwendungen der taxatio im R. R. 1879. (Drbr. Brinz krit. Vjschr. XXI. S. 583 fg.)] Nach heutigem Recht kommt aber darauf, ob die Klage stricti iuris ist, nichts mehr an. Savigny V. S. 141. 145. [Aus der Praxis: Sonnenschmidt prakt. Erört. Nr. 30.]

[3] In diesem Fall heißt es: iurare autem in infinitum, sine ulla taxatione, licet. L. 4. §. 2. D. h. t. L. 68. cit. Mit Unrecht hat man darnach ein iusiurandum in litem affectionis angenommen, unterschieden von einem sog. iusiurandum in litem veritatis. Vgl. dagegen Schröter S. 395 fg. Vangerow §. 171. Natürlich aber ist der Schätzungseid dem Schwörenden regelmäßig vortheilhafter als die richterliche Schätzung. L. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. 5. 53.

[4] Keine Besonderheit dieses Eides ist es, daß dadurch auch die Existenz des Schadens, nicht bloß dessen Größe, bewiesen werden könne; arg. L. 10. D. h. t.

[[5] Auch die Lehre von der „Schädenwürderung" hat nun eine wesentlich andere, als die im Text bezeichnete Gestalt gewonnen durch die R.C.P.O. §. 260: „Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem

Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben."]

## §. 116.

## D. Vom Urtheil [1].

Das richterliche Urtheil soll den Streit beendigen, Wiederholung desselben streitigen Rechtsanspruchs soll durch dasselbe abgeschnitten werden [2]. Daher die Regel: was durch rechtskräftiges Urtheil in Ansehung der streitigen Rechtsverhältnisse der Parteien entschieden ist, muß unter diesen fortan als unstreitig gelten [a]; weder kann es von derjenigen Partei, gegen welche entschieden ist, ferner angefochten, noch braucht es von derjenigen, zu deren Gunsten die Entscheidung lautet, jener gegenüber ferner bewiesen zu werden [b]; das Urtheil begründet formelles Recht [3]. Ist durch dasselbe der Beklagte zu einer Leistung verurtheilt, so ist dadurch das Recht des Klägers auf Erfüllung eben dieser Leistung festgestellt, und er kann diese nun durch eine bloß auf das Urtheil sich gründende Klage (actio iudicati) oder (nach heutigem processualischem Gebrauch) durch ein Vollziehungsgesuch erwirken [c]. Jedes rechtskräftige Urtheil aber — es sei zu Gunsten des Beklagten oder des Klägers, freisprechend oder verurtheilend — begründet für die eine und die andere Partei gegen jede spätere von der Gegenpartei versuchte Geltendmachung eines Rechtsanspruches, der den durch das Urtheil entschiedenen und anerkannten Verhältnissen widerstreitet, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache [4], *exceptio rei iudicatae* [d] (nach Umständen replicatio oder duplicatio [e]), wodurch jener [5] als abgeurtheilt zurückgewiesen werden kann [f]. Diese Rechtskraft des Urtheils wirkt aber nur für und gegen dieselben Parteien [g] und deren Rechtsnachfolger [h], oder überhaupt diejenigen, welche ihr Recht von dem Recht einer Partei ableiten, nachdem über dieses bereits das rechtskräftige Urtheil ergangen war [i]. Nur ausnahmsweise und in bestimmten Fällen [k] erstreckt sich jene Wirkung auch auf andre

[a] L. 207. D. de R. J. cf. L. 35. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 11. §. 3. L. 12. D. de iureiur. 12. 2. [c] Dig. de re iudicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus. 42. 1. Cod. de sententiis et interlocutionibus omnium iudicum. 7. 45. de re iudicata. 7. 52. de executione rei iudicatae. 7. 53. de usuris rei iudicatae. 7. 54. [d] Dig. de exceptione rei iudicatae. 44. 2. [e] L. 24. D. l. c. [f] L. 1. 3. 7. 8. 26. pr. §. 1. L. 30. D. l. c. cf. L. 11. §. 6. L. 14. §. 3. L. 31. ibid. L. 33. §. 1. D. de usufr. 7. 1. — L. 11. §. 4. 5. L. 25. pr. D. h. t. 44. 2. L. 12. §. 2. D. ad exhib. 10. 4. — L. 9. pr. L. 17. 18. D. h. t. L. 8. pr. D. ratam rem. 46. 8. [g] Cod. quibus res iudicata non nocet. 7. 56. inter alios acta vel iudicata aliis non nocere. 7. 60. cf. L. 4. 11. §. 7. L. 25. §. 2. D. l. c. L. 27. 40. §. 2. L. 66. D. de procuratoribus. 3. 3. [h] L. 9. §. 2. L. 11. §. 3. 8. 9. L. 28. D. l. c. [i] L. 11. §. 10. L. 29. §. 1. D. l. c. L. 3. §. 1. D. de pign. 20. 1. [k] L. 25. D. de statu hom. 1. 5. L. 24. D. de dolo. 4. 3. cf. Dig. de collusione detegenda. 40. 16. L. 1. 5. D. si ingenuus esse dicetur. 40. 14. L. 9. 42. D. de liberali causa. 40. 12. — L. 1. §. 16. L. 3. pr. D. de agnosc. lib. 25. 3. — L. 3. pr. D. de pign. 20. 1. L. 50. §. 1. D. de legat. I. L. 14. D. de

Personen, welche weder bei dem entschiedenen Rechtsstreit als Partei betheiligt waren, noch in jenes Verhältniß zu einer Partei getreten sind[6].

Anm. [1] Vgl. hierüber die §. 113. A. 1. angeführten Schriften von Keller, Wächter und Buchka, und vorzüglich die klassische Ausführung von Savigny §. 280 bis 301. Bd. VI. S. 257 .. 482. und Beil. XV .. XVII. S. 485 fg.; darnach Heimbach im Rtslex. XI. S. 762 .. 867; sodann noch insbesondere Unger II. §. 131 .. 133.; auch Vangerow I. §. 173. Windscheid §. 127 .. 132. Bethmann-Hollweg Civilproc. II. §. 110. 111. Brinz 2. Aufl. §. 96 .. 99. Rümelin z. L. v. d. exceptio rei iud. 1875. (drbr. Heyßler in d. Wiener Ztschr. III. S. 179 fg. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 198 fg.). [Degenkolb Einl. Zwang u. Urtheilsnorm. S. 80 fg. Bülow Civ. Arch. LXII. S. 75 fg., 91 fg. Schultze Privatr. u. Proceß I. S. 47 fg., 116 fg., 581 fg. u. s. w. Freudenstein die Rechtskraft nach der R.C.P.O. und ihre Wirkungen auf die subj. Rechte. 1881. (Drbr. Dreyer in Rassow's Beitr. XXVI. S. 130 fg. Hellmann in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 574 fg.) Klöppel die Einrede der Rechtskraft nach der D.C.P.O. 1882. (Drbr. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 152 fg.)]

[2] L. 1. D. de re iud. 42. 1. Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. — L. 6. D. de except. rei iud. 44. 2. Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur. Parere ergo exceptionem (Vulg. *exceptioni)* rei iudicatae frequens est. Savigny S. 262. emendirt *exceptionem rem iudicatam*. [Eintritt der Rechtskraft: R.C.P.O. §. 645. Einf.G. §. 19. Vgl. auch Schwalbach civ. Arch. LXIV. S. 286 fg.]

[3] L. 207. D. de R. J. Res iudicata pro veritate accipitur (vgl. L. 25. in f. D. de statu hom. 1. 5.) L. 11. §. 3. D. de iureiur. Si, quum de hereditate inter me et te controversia esset, iuravero, hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset, ... perindeque haberi quod iuratum est, atque si probatum esset. L. 12. eod.... si petiissem a te hereditatem et probassem meam, nihilominus ab altero petendo id ipsum probare necesse haberem. Vgl. gegen Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. 4. 10. Windscheid die Actio des röm. Civilrechts S. 109 fg. Pand. §. 131. (Endemann das Princip der Rechtskraft, 1860., und darüber Dworzak in Haimerl's Vjschr. IX. Lit. S. 30 fg.). — Ueber die Frage, ob und wiefern, was durch das Urtheil entschieden sei, aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen sei (sog. Rechtskraft der Gründe), hat Savigny §. 291 fg. zwar nicht „den Schein eines Quellenbeweises“, doch aber helles Licht verbreitet. Indessen ist diese Frage gleichwohl noch eine sehr streitige. Vgl. gegen Savigny vorzüglich Unger S. 621 .. 649., gegen diesen wieder Vangerow S. 281. u. Windscheid §. 130. A. 16 .. 21.; über die Praxis: Gruchot Beitr. VII. S. 175 .. 208. [R.C.P.O. §. 293: „Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittelst Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur

appellat. 49. 1. L. 12. Cod. de pet. hered. 3. 31. L. 6. §. 1. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D. de inoff. test. 5. 2. — L. 63. D. de re iud. 42. 1. — L. 4. §. 3. 4. L. 6. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5.

bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll." Vgl. aber auch ebenda §. 253. 467. 231. und Mandry Reichsges. S. 198 fg. (2. Aufl. S. 279 fg., 310 fg.) Dazu Bähr in d. krit. Vjschr. XXV. S. 547 fg., 551.]

[4] L. 3. D. h. t. 44. 2. (Ulp. lib. XV. ad Edictum). Julianus lib. 3. Dig. respondit: exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio (Savigny „dieselbe Rechtsfrage") inter easdem partes revocatur. L. 7. §. 4. D. ibid. (Ulp. lib. LXXV. ad Edictum). Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii. Vgl. §. 1. ibid. Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. L. 19. ibid. L. 28. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Ueber L. 7. cit. im Ganzen vgl. Savigny VI. S. 501 . . 513., wornach, abweichend von den Ausgaben, das pr. abzuschließen ist mit den Worten: *nam nocebit exceptio*, und §. 1. beginnt mit den Worten: *Item si quis fundum* u. s. w. bis *in his igitur fere omnibus exceptio nocet*. Dagegen Bekker die proc. Consumtion S. 232. 336 fg. [Vgl. Schwalbach: Ist mit dem geltend gemachten Theil einer Forderung die ganze Forderung aberkannt? in Rassow's Beitr. XXVI. S. 514 fg.] — Seit Keller a. a. O. [§. 28 bis 30.] pflegt man für das ältere Recht eine positive und eine negative Function der exceptio rei iudicatae zu unterscheiden, die erste zur Abwehr jeder ferneren Anfechtung des materiellen Inhalts des Urtheils dienend, die letzte nunmehr an die Stelle der durch die litis contestatio begründet gewesenen exceptio rei in litem deductae [§. 113. A. 3.] tretend, welche letzte Function aber, obwohl sich noch einzelne Spuren davon erhalten (z. B. L. 9. §. 1. L. 16. D. h. t. L. 16. §. 5. D. de pign. 20. 1. L. 2. Cod. de ind. 3. 1. L. 22. §. 8. D. ratam rem hab. 46. 8.), im Justinianischen Recht völlig weggefallen sei, wohingegen nun die Exceptio in ihrer positiven Function, überall dem praktischen Bedürfniß genügend, allein ausreiche. Wächter Erörtr. III. S. 41 fg. Savigny VI. S. 265 fg. 408. 511 fg. Vangerow 7. Aufl. I. S. 276 fg. Dagegen sind zwar gewichtige Bedenken erhoben von Bekker a. a. O. [bes. S. 9 fg., 132 fg.], welcher die Bedeutung der exc. rei iud. und den Umfang ihrer Wirksamkeit im Ganzen nur nach der Regel: „bis de eadem re ne sit actio" zu bestimmen sucht (§. 113. A. 3.), und die sog. positive Function der Exceptio gänzlich in Abrede stellt (vgl. Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 347 fg. u. Pfeiffer a. a. O.). Damit stimmt auch vollkommen überein Brinz (1. Aufl.) §. 45. Allein vgl. dagegen Helmolt in d. krit. Ueberschau III. 6., und vorzüglich die gründliche Erörterung von Windscheid d. Actio S. 82 . . 119., darüber auch Dworzak in der krit. Ueberschau V. S. 18 fg. Windscheid 5. Aufl. §. 130. A. 22 . . 24 a. Brinz 2. Aufl. §. 96. A. 22 fg. §. 99. [Mandry Reichsges. S. 203. 204. (2. Aufl. S. 284. 285.) Dazu Bähr a. a. O. S. 551. Wächter Pand. I. S. 568 fg. Lenel das ed. perpet. S. 403 fg. Der Letztere bestreitet, daß die proc. Consumtion durch die genannten zwei Exceptionen durchgeführt worden sei; es habe nur eine exc. rei iudicatae vel in iud. ded. gegeben. — Zu L. 29. D. h. t. 44. 2. vgl. Bergas Ztschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 184 fg.]

[5] Streitfrage: Ob bei dinglichen Klagen eine Beschränkung der exceptio rei iudicatae auf einen speciell angegebenen Erwerbgrund des Rechts stattfinde? gegen die bis dahin unbestrittene gemeine Meinung verneint von Puchta im Rh. Mus. II. S. 251 bis 270. III. S. 467 . . 487. [Kleine civ. Schrift. Nr. IX.] Inst. II. §. 175. [8. Aufl. I. S. 542.], und nach ihm von Sintenis §. 34. A. 46. Erläutr. S. 219 . . 250.

Vangerow I. S. 284 fg. Dagegen zunächst Heffter im Rh. Mus. III. S. 222..238. Wächter Württ. Pr.R. II. S. 445., dann vorzüglich Savigny §. 300. und Beil. XVII. Bd. VI. S. 514..535. Windscheid §. 130. A. 6. und Buchka I. S. 145 fg. II. S. 192 fg., welcher letzte die Frage nach römischem Recht zwar verneinend, nach heutigem aber bejahend beantwortet. [Vgl. jetzt noch Schultze Privatr. und Proceß I. S. 9 fg.] Die entscheidenden Stellen sind: a) L. 11. §. 1. 2. D. h. t. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. — Si quis autem petat, fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta, non debet summoveri exceptione. Vgl. §. 4. ibid. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio... §. 5. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. b) L. 14. §. 2. D. h. t. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod quum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at quum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. Vgl. auch L. 3. Cod. de petit. hered. 3. 31.; sodann cap. 3. de sent. in sexto. 2. 14. (§. 113.) — Nach heutigem Recht will die Kraft des Urtheils immer nur auf den im Proceß wirklich geltend gemachten Erwerbsgrund des dinglichen Rechtes beschränken Kierulff I. S. 256 fg. [Vgl. nun oben §. 113. A. 4. a. (R.C.Pr.O. §. 230.), W. Francke in Böhlau's Mag. II. S. 205 fg. und Brinkmann Begründung der Klagen I. S. 171 fg.]

[6 Vgl. Mandry a. a. O. S. 205. 206. (2. Aufl. S. 286 fg.) Windscheid §. 132. Wendt Blätter f. Rechtspflege. N. F. VI. S. 193 fg. W. Ch. Francke die Nebenparteien der deutschen C.P.O. nebst der Rechtskraft Dritten gegenüber. 1882. (Drbr. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 153 fg.)]

---

## Sechstes Capitel.

### Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

### §. 117.

#### I. Begriff.

Wenn die richterliche Gewalt zum Zweck der Geltendmachung eines Rechtsanspruchs angerufen ist, so ist deren Thätigkeit ordentlicher Weise darauf gerichtet, die thatsächlichen Verhältnisse, auf die er sich stützt, zu erforschen, alsdann die Wirkungen der erkannten Thatsachen dem Recht gemäß zu erkennen und darnach über den streitigen Rechtsanspruch zu entscheiden. Aber es kann durch richterlichen Spruch auch Thatsachen die rechtliche Wirkung, die sie an sich dem Rechte gemäß erzeugt haben, aus besondern Gründen wieder entzogen werden. Eine richterliche Hülfe dieser

Art, die sich auf die verschiedenartigsten juristischen Thatsachen beziehen kann, ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[1], in integrum restitutio[a], auch wohl integri restitutio[b], im engern und eigentlichen Sinn[2], d. i. Wiederherstellung eines früheren Rechtszustandes[c], die als außerordentliche Rechtshülfe[d] durch die richterliche Gewalt gegen das strenge Recht demjenigen gewährt wird, welcher diesem gemäß eine nachtheilige Aenderung in einem Rechtsverhältnisse erlitten hat, deren Beseitigung aus bestimmten Gründen[e] als eine Forderung der Billigkeit (der ausgleichenden Gerechtigkeit) erscheint[3].

Anm. 1 Literatur: Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. Schröter in seiner und Linde's Ztschr. VI. 3. S. 91..175. (1833). Schneider die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts. 1834. S. 216 bis 307. Savigny §. 315..343. und Beil. XVIII. XIX. Bd. VII. S. 90..309. Puchta Pand. §. 100..107. Cursus der Inst. §. 177. 209. [8. Aufl. I. S. 545 fg. II. S. 72 fg.] Steinberger im Rtslex. IX. S. 289..355. Spaltenstein die Wiedereinsetzung in d. vor. Stand 1873. (vgl. Brinz in d. krit. Vjschr. XV. S. 275 fg.) Brinz 2. Aufl. I. §. 115..122. [Lenel das ed. perp. S. 90 fg.] — Nach dem Heise'schen System steht diese Lehre am Ende des Ganzen; so bei Wening-Ingenheim Bd. III. §. 552..563. Ebenso bei Seuffert Buch V. §. 665..674. Windscheid dagegen §. 114..120. knüpft diese Lehre unmittelbar an die Lehre von den juristischen Thatsachen überhaupt an, als welchen ihre wirkende Kraft durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entzogen werden könne, und tadelt (§. 114. A. 7.) die Stellung derselben in dem sog. allgemeinen Actionenrecht oder der civilrechtlichen Lehre von der processualischen Hülfe, da es sich hier um die speciellen Grundsätze für eine processualische Hülfe sehr bestimmten Inhalts handle. Da aber die W. i. d. v. St. eine richterliche Hülfe, wenn auch von eigenthümlichem Charakter doch von ganz allgemeiner Bedeutung ist, und auch auf die im 5. Capitel eben so wohl als auf die im 4. Capitel besprochenen juristischen Thatsachen Bezug hat, so ist die frühere Stellung dieser Lehre auch in der 5. u. folg. Auflage beibehalten, nur mit dem Unterschied, daß sie jetzt im Gegensatz gegen Cap. 5. Nr. IV. §. 95 fg. als ein eigenes Capitel abgeschieden ist.

2 In weiterer Bedeutung dient derselbe Ausdruck wohl zur Bezeichnung einer jeden materiellen Wiederherstellung früherer Verhältnisse, mag sie auch bloß durch Uebereinkunft oder durch ein gewöhnliches Rechtsmittel herbeigeführt werden, oder selbst ipso iure eintreten. L. 58. D. de pactis. 2. 14. — L. 23. §. 7. D. de aed. ed. 21. 1. — L. 3. §. 4. D. de al. iud. mut. 4. 7. L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. L. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 10. Cod. de postlim. 8. 50 (51). vgl. L. 19. pr. D. de captivis et postlim. 49. 15. Treffend sagt Windscheid §. 114. A. 3., „daß unter Wiederherstellung eines früheren Zustandes nicht zu verstehen sei

[a] Dig. de in integrum restitutionibus. 4. 1. cf. Dig. 4. 2..6. Cod. 2. 19..53 (20..54). X. de in integrum restitutione. 1. 41. Sext. de restitutione in integrum. 1. 21. Clem. de rest. in int. 1. 11. [b] Pauli sentt. de integri restitutione. 1. 7. Theod. Cod. de integri restitutione. 2. 16. [c] L. 9. §. 3. 4. L. 21. §. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 2. Cod. in quib. caus. 2. 40 (41). L. 2. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 53 (54). Paul. l. c. §. 1. [d] L. 1. 16. D. de minor. 4. 4. [e] L. 1..3. L. 7. D. h. t. 4. 1.

Herstellung eines gleichen Zustandes, wie der früher dagewesene, sondern Herstellung des identischen früher dagewesenen, was eben nur durch Negation der Abänderung (der abändernden Kraft) möglich ist." [Wächter Pand. §. 112.]

[3] L. 3. D. h. t. 4. 1. Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Vgl. Puchta §. 100. „Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines früheren Zustandes, denn diese hat es mit andern gemein, auch nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe, sondern darin, daß es auf der über den Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechts stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat". — Ihren Ursprung hat die in integrum restitutio im prätorischen Edicte; sie war eines der Mittel, wodurch der Prätor unbillige Ergebnisse des strengen Rechts zu mildern suchte. In manchen Fällen aber wird aus denselben Billigkeitsrücksichten, welche auch als Gründe einer i. i. r. angeführt werden, die erforderliche Hülfe durch gewöhnliche Rechtsmittel, Klagen und Einreden, gewährt (A. 2.), wohin u. a. namentlich die actio und exceptio doli und quod metus causa (§. 61. 62.) gehören, die mit Unrecht von einigen noch in das Gebiet der eigentlichen Restitutionen hineingezogen werden, z. B. Mühlenbruch §. 164. 165. vgl. auch Burchardi §. 18. Dagegen Schröter und Schneider a. a. O. Savigny S. 103 .. 107. S. 112. „Noch wichtiger war es, daß die Prätoren in manchen wichtigen Fällen die früher dargebotene Restitution in gewöhnliche Klagen und Einreden umwandelten, also die bis dahin unfertige Regel in eine fertige auflösten, so daß in diesen Fällen von der früheren Restitution, außer unbedeutenden Ueberresten der Anwendung, nur noch ein Andenken übrig bleibt in der Stellung, welche jenen Klagen im Edict und in den Digesten zu Theil geworden ist". (Dig. IV. 2. 3. 7.; dagegen versucht Schliemann d. L. vom Zwange S. 5 fg. glaublich zu machen, daß die restitutio propter metum spätern Ursprungs sei, als die actio und exceptio quod metus causa.) Andrerseits erhielten die Regeln über Restitution allmälig eine festere Bestimmung und „so ist von verschiedenen Seiten her die Restitution im Laufe der Zeiten mehr und mehr den gewöhnlichen Rechtsmitteln angenähert worden, und in dieser sehr veränderten Gestalt ist sie als Bestandtheil des gemeinen Rechts zu uns herübergekommen. — Bei unbefangener Betrachtung muß eingeräumt werden, daß dieses Institut des römischen Rechts weniger, als die meisten andern, einen innern Grund des Fortbestandes und der Einwirkung auf den heutigen Rechtszustand mit sich führt." Savigny S. 113. Jedoch „ganz wird sie nie entbehrlich werden." Puchta Vorl. I. §. 100. S. 209. [Das österr. bgl. Gb. §. 1450. hat die materiellrechtliche Wiedereinsetzung abgeschafft.]

[4] Die i. i. r. ein Gnadenact? verwandt mit der Begnadigung im Strafrecht, die auch i. i. r. genannt wird? L. 1. §. 9. 10. D. de postulando. 3. 1. Deinde adiicit praetor: *qui ex his omnibus ... in integrum restitutus non erit* ... §. 10. De qua autem in integrum restitutione praetor loquitur? utrum de ea, quae a principe (Vulg. ins. *est)* vel a senatu? Pomponius quaerit; et putat de ea restitutione sensum, quam princeps vel senatus indulsit. An autem et praetor restituere possit, quaeritur; et mihi videtur, talia praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi (Vulg. *si cui)* ex officio iurisdictionis suae subvenerunt, ut in aetate observatur si quis deceptus sit, ceterisque speciebus, quas sub titulo *de in*

*integrum restitutione* exsequemur. (§. 31. not. c. d.) Vgl. L. un. §. 2. D. de lege Iul. ambitus. 48. 14. L. 1. Cod. de sent. passis et restitutis. 9. 51. Burchardi §. 3. Dagegen Schröter S. 169..174. Puchta §. 100. not. c. Vermittelnd Savigny S. 116..118. [Wächter a. a. O.]

## II. Voraussetzungen.

## §. 118.

### A. Verletzung.

Die Voraussetzungen, unter denen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt werden kann, sind eine erlittene Verletzung (Läsion) und ein Restitutionsgrund. Was die erste betrifft, so muß sie in einer nachtheiligen Aenderung von Rechtsverhältnissen bestehen, welche dem geltenden regelmäßigen Rechte gemäß eingetreten ist, also eine Rechtsverletzung nicht enthält, gegen welche daher dieses keine Hülfe gewährt[a]. Der Nachtheil kann nicht nur in einem Vermögensverluste (damnum), sondern auch im Entgang eines möglich gewesenen Erwerbes (lucrum) bestehen[b], jedoch[c] nicht auch eines Gewinnes, der nur durch Vermögensverkürzung eines Andern gemacht werden konnte[1]; auch braucht der Nachtheil nicht wesentlich das Vermögen zu betreffen[d]. Die Rechtsänderung aber, welche den Nachtheil mit sich bringt, kann durch positive Handlungen, Rechtsgeschäfte, oder durch Versäumnisse herbeigeführt und so denn in den manchfaltigsten Beziehungen[e] zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Anlaß gegeben sein[2].

Anm. [1] L. 18. D. 4. 6. ... in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur, non quum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant. — L. 20. eod. ... quum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit; neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est. — Zwischen Minderjährigen und andern Personen unterscheidet in dieser Beziehung unter andern Puchta §. 101. not. d.; dagegen Burchardi §. 6. Savigny S. 121..124.

[2] Ueber die Frage, ob ein bedeutender oder „nicht ganz unbedeutender" Nachtheil vorausgesetzt werde? vgl. Burchardi §. 8., der die Regel bestreitet, und gegen diesen Vangerow §. 176. Sintenis §. 36. A. 42. — „*Minima non curat praetor.*" — In einigen Fällen wird ausdrücklich ein beträchtlicher oder sehr beträchtlicher Schaden vorausgesetzt, L. 9. pr. 49. D. de minor. 4. 4. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. 2.

[a] L. 16. pr. §. 1. 3. D. de minor. 4. 4. Cod. in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est. 2. 40 (41). [b] L. 6. 7. §. 6. L. 44. D. de minor. 4. 4. L. 27. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [c] L. 18. 20. D. l. c. L. 37. pr. D. de minor. 4. 4. cf. L. 17. §. 3. D. de usur. 22. 1. [d] L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 35. ibid. — L. 6. ibid. L. 41. D. de recept. 4. 8. [e] Cod. si adversus rem iudicatam (restitutio postuletur.) 2. 26 (27)., si adversus venditionem. 2. 27 (28)., si adversus venditionem pignorum. 2. 28 (29)., si adversus donationem. 2. 29 (30)., si adversus libertatem. 2. 30 (31)., si adversus transactionem vel divisionem. 2. 31 (32)., si adv. solutionem a tutore vel a se factam. 2. 32 (33)., si adv. dotem. 2. 33 (34)., si adv. usucapionem. 2. 35 (36)., si adv. fiscum. 2. 36 (37)., si adv. creditorem. 2. 37 (38)., si ut se hereditate abstineat (si minor ab h. se a.). 2. 38 (39)., si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud acquirat. 2. 39 (40)., cf. si adv. delictum. 2. 34 (35).

28 (29). L. 1. 3. Cod. si adv. fiscum. 2. 36 (37). §. 6. J. de hered. qual. 2. 19.; im Allgemeinen aber wird die Erheblichkeit des durch die Restitution zu beseitigenden Nachtheils im Vergleich mit dem andrerseits daraus hervorgehenden berücksichtigt. L. 4. D. h. t. 4. 1.

### B. Restitutionsgrund[1].

### §. 119.

#### 1) Minderjährigkeit[a].

Wegen Minderjährigkeit[b] gewährt das römische Recht[2] Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtliche Nachtheile, welche dem Minderjährigen, und zwar ihm selbst, nicht bloß durch ihn einem Andern[c], durch Handlungen oder Versäumnisse, die er selbst oder seine Vertreter begangen haben[d], verursacht worden sind[3], sofern ihm nicht das ordentliche Recht schon eine ausreichende Hülfe dagegen darbietet. Gegen ein an sich demselben vortheilhaftes Rechtsgeschäft, das nur durch später hinzutretenden Zufall zu seinem Nachtheil ausgeschlagen ist, findet sie nicht statt[e], wohl aber dann, wenn der Nachtheil des Rechtsgeschäfts durch Mitwirken der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des Minderjährigen herbeigeführt wurde[f]. Dagegen hat derselbe keinen Anspruch auf Restitution, sofern ihm bei dem fraglichen Geschäft eine Unredlichkeit zur Last fällt[g], daher insbesondere auch dann nicht, wenn er bei dessen Abschluß sich betrüglicherweise für volljährig ausgegeben hat[h]. Auch ist sie ausgeschlossen gegen ein durch seinen Eid bestärktes[i], wie gegen ein nach erlangter Großjährigkeit genehmigtes Rechtsgeschäft[k], desgleichen in gewissen Fällen, in denen das Verlangen derselben unsittlich oder unanständig erscheint[l]. Durch Volljährigkeitserklärung (§. 36.) hört dieses ius singulare eben so wohl auf, als durch Erreichung des volljährigen Alters[m]; nach Analogie dieser Regel aber wird die Restitution mit Recht auch gegen solche Geschäfte verweigert, zu denen der Minderjährige eine öffentliche Ermächtigung erhalten hat.

Gleich den Minderjährigen ist gesetzlich auch den Gemeinden[n], Kirchen und milden Stiftungen[o] ein Restitutions-Anspruch beige-

[a] Dig. de minoribus viginti quinque annis. 4. 4. Cod. de in integrum restitutione minorum... 2. 21 (22). [b] L. 1. 24. §. 1. D. h. t. [c] L. 3. §. 4..11. L. 4. 5. L. 23. 38. §. 1. D. h. t. Cod. de filiofamilias minore. 2. 22 (23). [d] L. 29. pr. §. 1. L. 38. pr. L. 47. pr. D. h. t. L. 2. 3. Cod. si tutor vel curator intervenerit. 2. 24 (25). L. 4. 5. Cod. si adv. rem iud. 2. 26 (27). cf. L. 2. Cod. si adv. vend. pign. 2. 28 (29). — L. 11. Cod. de praediis. 5. 71. L. 2. Cod. de fideiussoribus minorum. 2. 23 (24). [e] L. 11. §. 4. 5. D. h. t. [f] L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 32. §. 4. D. de adm. 26. 7. L. 2. Cod. si adv. cred. 2. 37 (38). [g] L. 9. §. 2. 5. D. h. t. [h] Cod. si minor se maiorem dixerit. 2. 42 (43). [i] Auth. *sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 27 (28). [k] Cod. si maior factus ratum habuerit. 2. 45 (46). L. 3. §. 1. 2. L. 20. §. 1. L. 21. D. h. t. [l] L. 1. Cod. si adv. donat. 2. 29 (30). L. 11. Cod. de transact. 2. 4. Nov. 115. cap. 3. §. 13. in f. [m] Cod. de his qui veniam aet. imp. 2. 44 (45). L. 5. pr. Cod. de temp. i. i. r. 2. 52 (53). cf. L. 1. §. 2. D. h. t. [n] L. 4. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 53 (54). L. 3. Cod. de iure reipub. 11. 30 (29). [o] cap. 1. 3. 6. X. h. t. 1. 41. cap. 11. X. de reb. eccles. 3. 13.

legt worden, und durch eine sehr verbreitete aber bedenkliche Praxis überhaupt allen Corporationen so wie dem Fiscus[4].

Anm. [1] In den Digesten kommen die Restitutionsgründe, ohne Zweifel nach dem Edict, in folgender Ordnung vor: metus, dolus malus, minor aetas, capitis deminutio, absentia (Dig. IV. 2..6. cf. Cod. II. 19..21 (20..22). 50 (51)., und an einem anderen Ort in besonderer Beziehung error. (Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. 27. 6.) Vgl. L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sentt. I. 7. §. 2. Der Bedeutung der einzelnen Fälle im geltenden Rechte entspricht diese Ordnung nicht mehr. Savigny §. 320.

[2] Ueber den heutigen Werth dieses Instituts vgl. Savigny S. 149. „Bei unbefangener Erwägung dieser Umstände muß man sich überzeugen, daß ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist. Für die Sicherheit derselben muß vielmehr durch Verbesserung des Vormundschaftsrechts gesorgt werden." Dagegen ein Wort zu dessen Vertheidigung bei Brinz 1. Aufl. S. 117 fg. (vgl. 2. Aufl. §. 118.). Vgl. auch den Code Nap. art. 1305 .. 1312, nach welchem Gesetzbuch freilich für Verbesserung des Vormundschaftsrechts noch besonders „viel zu leisten übrig bleibt". [Das R.Str.G.B. §. 301. 302. enthält Strafbestimmungen zum Schutze der Minderjährigen gegen gewinnsüchtige Ausbeutung. Dazu Mandry Reichsges. S. 15 (2. Aufl. 16) fg.]

[3] [Vgl. Wächter Pand. I. S. 578. Z. 4.] Eine besondere Ausnahme in L. 8. §. 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — Streitige Ausnahmen: a) L. 25. Cod. de adm. 5. 37. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 2. D. h. t. 4. 4. L. 1. Cod. si adv. solut. 2. 32 (33). Burchardi S. 248. Puchta §. 103. not. i. Dagegen Savigny S. 151. b) L. 3. §. 4. D. h. t. L. 1 (2). Cod. de filiofam. min. 2. 22 (23). Puchta und Burchardi a. a. O. Dagegen Savigny Beil. XVIII. S. 277 bis 291. — Unpraktische Ausnahmen: L. 13. §. 11. Cod. de iud. 3. 1. L. 1. §. 1. Cod. de plus petit. 3. 10. — Begehrt ein Minderjähriger Restitution gegen einen andern Minderjährigen, so gilt die Regel: in pari causa melior est conditio possidentis, sofern nicht der eine auf Kosten des andern einen reinen Gewinn hat. L. 11. §. 6. D. h. t. 4. 4. L. 128. pr. D. de R. J. (§. 92. A. 3. i. f.)

[4] Kreittmayr A. z. bayr. Landr. I. 7. §. 36. Nr. 8. [Bd. I. S. 521.] „Jure minorum gaudiren ... in Summa alle andre approbirte Communitäten, corpora vel collegia". Dagegen Savigny VII. S. 160. [Wächter a. a. O. Z. II.] — Auch dem erklärten Verschwender wird die gleiche Wohlthat beigelegt durch ein oberstrichterliches Erkenntniß in Seuffert's Arch. III. 190. [R.C.Pr.O. §. 210: „Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Versäumung (einer Proceßhandlung) nicht statt."]

## §. 120.

### 2) Abwesenheit und ähnliche Umstände[a].

Die Abwesenheit einer Person kann die entschuldbare Ursache einer Versäumniß und dadurch eines Rechtsverlustes werden, gegen welchen

[a] Dig. ex quibus causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur. 4. 6. Cod. quib. ex caus. mai. i. i. r. 2. 53 (54). cf. Cod. de restitutionibus militum et eorum qui reipublicae causa afuerunt. 2. 50 (51). de uxoribus militum vel eorum qui reipublicae causa absunt. 2. 51 (52).

eben deshalb eine Abhülfe zu gewähren billig scheint. Dasselbe gilt von manchfaltigen andern Hindernissen der Vornahme von Handlungen, wodurch ein Rechtsverlust zu verhüten wäre. Das prätorische Edict[b] versprach daher Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für eine Reihe von näher bezeichneten Fällen dieser Art, und fügte noch eine allgemeine Zusage gleicher Rechtshülfe in verwandten Fällen hinzu [1]. Nach dem Inhalt und der praktischen Auslegung dieses Edicts kann nun überall Restitution eintreten, wenn Jemand einen Rechtsverlust deshalb erlitten hat, weil er durch entschuldigende äußere Hindernisse abgehalten war, sein Recht auszuüben und gehörig wahrzunehmen oder dasjenige zu thun, was zur Abwendung jenes Nachtheils erforderlich war [2]. Das Hinderniß kann zunächst in der Person des Berechtigten vorhanden gewesen sein, z. B. Abwesenheit des Berechtigten; aber auch in der Person desjenigen, gegen welchen ein Recht geltend zu machen war, z. B. Abwesenheit des Schuldners oder Besitzers, gegen welchen Klage zu erheben war. In Fällen der letzten Art wird vorausgesetzt, daß sich auch kein Stellvertreter des Gegners (§. 77.) gefunden habe, gegen welchen der Berechtigte sein Recht wahren konnte[c]. In Fällen der ersten Art dagegen kann es unter Umständen ein Grund sein, die Restitution zu verweigern, wenn der Abwesende nachlässiger Weise keinen Vertreter bestellt hat[d], während durch das Dasein eines solchen die Möglichkeit[e] der Restitution nicht ausgeschlossen wird [3].

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. 4. 6. Verba autem Edicti talia sunt:

a) *Si cuius quid de bonis [erit deminutum], cum is metu(s) aut sine dolo malo reipublicae causa abesset; inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur:*

b) *Item si quis quid usu suum fecisse(t), aut, quod non utendo amisit (sit amissum) consecutus [esse] actioneve qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur, cumve magistratus de ea re appellatus esset; sive cui pro magistratu (per magistratus) sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur:*

*earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit:*

c) *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam quod eius per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit.*

Ueber die hier aufgenommenen Lesarten vgl. Savigny S. 165 fg. [S. aber

[b] L. 1. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. 21. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 26. §. 3. D. h. t. — L. 39. D. h. t.? [d] L. 26. §. 1. L. 28. pr. D. h. t. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. [e] L. 26. §. 9. D. h. t. 4. 6. vgl. mit L. 1. Cod. h. t. 2. 53 (54). — L. 15. pr. D. h. t. — L. 8. D. de in int. rest. 4. 1. — L. 39. D. h. t.?

auch Lenel ed. perp. S. 96.] — Den letzten Zusatz bezeichnen die römischen Juristen als *generalis clausula*. L. 26. §. 1. L. 33. pr. D. h. t.

[2] Erweiterungen der Bestimmungen unter A. 1. a. und b., die nach der generalis clausula im römischen Recht ausdrücklich anerkannt werden, sind:

zu a) die Restitution α) der Ehefrauen der Soldaten. Cod. 2. 51 (52). β) der militum medici. L. 33. §. 2. D. h. t. γ) der legati civitatum. L. 8. 26. §. 9. L. 35. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. δ) der procuratores Caesaris und des patronus fisci. L. 33. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. ε) des testimonii causa evocatus ex qualibet provincia vel in urbem vel ad principem, desgleichen derjenigen, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt. L. 26. §. 9. cit.: et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subveniendum. ζ) der absentes studiorum causa, L. 28. pr. D. h. t., und des in Gewerbgeschäften Abwesenden, L. 57. D. mand. 17. 1. (Savigny VII. Beil. XIX. S. 292 fg. [Huschke d. Recht d. public. Klage S. 85 fg. Leonhard Irrthum S. 360 fg.]), überhaupt si quis de causa probabili abfuerit. L. 28. pr. cit. [Dazu Wächter Pand. §. 114. VI. 1.] η) desjenigen, der unter Bürgschaftsleistung sich verpflichtet hat, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen. L. 28. §. 1. cit. ϑ) der Verbannten. L. 26. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. ι) der nascituri, welcher Fall jedoch auch unter die restitutio minorum subsumirt werden kann. L. 45. pr. D. de minor. 4. 4. κ) desjenigen, der durch Ueberschwemmung oder durch Austrocknen einer Quelle seine Servitut auszuüben verhindert war. L. 34. §. 1. L. 35. D. de s. p. r. 8. 3. L. 14. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 9. D. de itin. 43. 19. λ) des Erben, welcher durch den Aufschub der Testamentseröffnung nach dem Sc. Silanianum einen Verlust erlitten. L. 3. §. 30. 31. D. de Sc. Silan. 29. 5.

zu b) die Restitution gegen einen Wahnsinnigen, ein Kind oder eine Gemeinde, welche keinen Vertreter haben. L. 22. §. 2. D. h. t. 4. 6. L. 124. §. 1. D. de R. J. — Savigny S. 185. rechnet dahin noch zwei andere Fälle nach L. 23. §. 3. D. h. t., aber diese fallen schon unter die ausdrückliche Bestimmung des Edicts, weil der Kriegsgefangene (apud hostes) jedenfalls abwesend ist.

Erschöpfend sind diese Fälle nicht, und ist z. B. kein Zweifel, daß der Wahnsinnige auch nach Analogie von a) zu restituiren ist (Seuffert's Arch. V. 103.), während das Kind und die Gemeinde ohnehin schon vollständiger nach §. 119. geschützt sind. Die neuern Praktiker aber haben der sog. restitutio ex clausula generali eine viel zu weite und unbestimmte Ausdehnung gegeben. Vgl. Francke Beitr. S. 68 fg. Burchardi §. 12. Savigny S. 166 fg. [Wächter a. a. O. Z. VII.]

[3] L. 39. D. h. t. Is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur. Diese Stelle wird von Manchen auf den Fall unter A. 1. b. bezogen. Noodt comm. ad Pand. h. t. [opp. Lugd. Bat. 1724. tom. II. p. 127.] Dagegen Burchardi S. 166..175. und Savigny S. 176..180. Ueber die manchfaltigen Erklärungsversuche vgl. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 3. S. 68 fg. Dieser selbst S. 39 fg. erklärt die Stelle daraus, daß die restitutio maiorum überhaupt nicht gegen Belastung mit einer Verbindlichkeit und darum nicht gegen rechtskräftige Verurtheilung gegeben werde. Dagegen Windscheid §. 119. A. 8., welcher jedoch darin mit jenem übereinstimmt, daß er L. 39. cit. nur von einem rechtskräftigen Urtheil versteht und daraus lediglich den Satz ableitet, daß der Vertretene gegen den Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils nicht (wie der Minderjährige) restituirt werden solle, welchen Satz auch L. 8.

D. de i. i. r. 4. 1. bestätigt, während sie zugleich Restitution gegen Versäumung der Appellation durch den Stellvertreter für zulässig erklärt (vgl. Savigny S. 178 fg.). Vangerow hingegen (§. 188. A. 3.) beharrt bei der Ansicht, die L. 39. cit. spreche die Regel aus, „daß ein Abwesender, welcher einen Procurator hat, regelmäßig in Betreff solcher Handlungen nicht restituirt werden kann, die auch der Procurator hätte vornehmen können", wovon nur L. 26. §. 9. D. h. t. und L. 8. cit. singuläre Ausnahmen machen — freilich höchst singuläre, zumal die L. 26. §. 9., die den legatus civitatis günstiger stellt, als den reipublicae causa absens. [Spaltenstein §. 17. 18. Brinz 2. Aufl. I. S. 428 fg. Wächter a. a. O. VI. 2.]

## §. 121.

### 3) Zwang, Betrug, Irrthum.

Diese werden unter den Gründen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand besonders genannt[a]. Zwang und Betrug begründen zwar eigene Ersatzklagen und Einreden, welche eine eigentliche i. i. r. meistentheils entbehrlich machen; allein es ist gleichwohl auch diese Art der Rechtshülfe gegen die Folgen solcher Unrechtlichkeit, sowohl des Betruges[b] als des Zwanges[c], als zulässig anerkannt, indem jene Rechtsmittel nicht überall ihrem Zwecke genügend entsprechen[1]. Irrthum, ohne Voraussetzung eines dabei mitwirkenden Betruges, aber natürlich nur entschuldbarer Irrthum[d], iustus error, war für einen Fall im prätorischen Edict ausdrücklich als Restitutionsgrund anerkannt[e]; außerdem aber wird auch sonst noch in verschiedenen Fällen[f], wo dringliche Billigkeit es fordert, insbesondere gegen processualische Nachtheile[g], aus diesem Grunde Restitution zugelassen.

Dagegen kann der Restitution wegen capitis deminutio[h] eine praktische Bedeutung nicht mehr beigelegt werden[2].

Anm. [1] Puchta §. 102. not. d. hält die Restitution wegen Zwanges und Betrugs für unpraktisch, weil es schon nach R. R. bei bonae fidei negotia keiner Restitution bedurfte, um dem Gezwungenen oder Betrogenen zu helfen, dem Geiste des neuern Rechts gemäß aber dieses für alle Verhältnisse zu behaupten, also der Schutz einer solchen Person überall als ein Grundsatz schon des ordentlichen Rechts zu betrachten sei. Dagegen Savigny S. 194 fg. A. g. S. 209. und, was die Restitution wegen Zwanges betrifft, auch Schliemann a. a. O. S. 41 fg. 59 fg. — Ueber die verschiedenen Ansichten überhaupt vgl. Burchardi §. 18..20. Schröter S. 116..130. Van-

[a] L. 1. 2. D. de i. i. r. 4. 1. Pauli sent. I. 7. §. 2. [b] L. 7. D. l. c. L. 18. D. de int. in iure. 11. 1. L. 33. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. quib. ex caus. mai. 2. 53 (54). L. 10. Cod. de rescind. vend. 4. 44. [c] L. 9. §. 4. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 3. Cod. de his quae vi. 2. 19 (20). — L. 21. §. 5. 6. D. l. c. L. 85. D. de acquir. hered. 29. 2. cf. L. 6. §. 7. D. eod. [d] L. 2. D. 4. 1. [e] Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. 27. 6. [f] L. 1. §. 17. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de his quae ut indignis. 34. 9. [g] L. 11. §. 8..10. D. de int. in iure. 11. 1. L. 7. in f. D. de confessis. 42. 2. L. 11. pr. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 1. §. 5. D. de edendo. 2. 13. L. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. §. 33. J. de act. 4. 6. [h] Dig. de capite minutis. 4. 5.

gerow §. 185. Savigny §. 330. 332. Windscheid §. 115. A. 1. §. 118. A. 2..6. Keller §. 105. [Spaltenstein §. 32..41. Schloßmann z. L. v. Zwange S. 96 fg., welcher letztere lehrt, daß eine wahre Restitution wegen Zwang nur bei erzwungenem Antritt oder erzwungener Ausschlagung einer Erbschaft stattgefunden habe.] Insbesondere über das Verhältniß der entehrenden actio doli zu der i. i. r. vgl. L. 7. §. 1. D. de i. i. r. 4. 1. Et boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest. L. 1. §. 6. D. de dolo. 4. 3. Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere. Savigny S. 203..209. [Wächter Pand. §. 114. IV.]

[2] Savigny S. 211. „Diese Restitution führte ... nur den leeren Namen einer solchen, indem die eigenthümliche Natur der Restitution bei ihr gar nicht zur Anwendung kam ..... Es war also in der That eine praktische Aufhebung des alten Rechtssatzes, nur versteckt unter der Form einer Restitution, gewissermaßen aus Respect gegen das alte Civilrecht." Anderer Meinung Vangerow §. 34. A. 2. §. 187.

## §. 122.

### C. Rechtzeitiges Gesuch [a].

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur auf Gesuch des Verletzten ertheilt, welches innerhalb einer Verjährungsfrist[1] von vier Jahren bei dem zuständigen Gericht eingebracht sein muß[b]. Diese beginnt für die Restitution wegen Minderjährigkeit mit dem Beginn der Volljährigkeit, d. i. mit dem ersten Tage des 26. [jetzt (s. oben §. 36) 22.] Lebensjahres, beziehungsweise mit dem Tage der gerichtlich vollzogenen Volljährigkeitserklärung, in welchem Falle jedoch dieselbe nicht vor Vollendung des 25. Lebensjahres[1a] ablaufen soll[c]; für die Restitution wegen Abwesenheit und ähnlicher Hindernisse mit dem Tage, an welchem das Hinderniß der Rechtsverfolgung beseitigt wurde[d]; desgleichen für die Restitution wegen Zwangs, Betrugs oder entschuldbaren Irrthums von der Zeit an, da deren Einwirkung fortfiel[e]; für die Restitution der Gemeinden, Kirchen[f] und milden Stiftungen (§. 119 a. E.) von der Zeit der Verletzung an[2]. Die Restitutionsfrist kann aber weiter erstreckt werden, sofern nach Beseitigung des die Restitution begründenden Umstandes noch ein anderer Restitutionsgrund besteht[g], welcher gegen die Versäumung des Restitutionsgesuchs selbst wieder die Restitution rechtfertigen würde[3]. Das Recht des Restitutionsgesuchs geht auch auf den Erben über[h]; diesem aber bleibt nur der Rest der für

[a] Cod. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum aliarumque personarum, quae restitui possunt, quam heredum eorum. 2. 52 (53). [b] L. 7. Cod. h. t. [c] L. 5. pr. Cod. h. t. cf. L. 3. §. 3. D. de minor. 4. 4. [d] L. 7. §. 1. cit. cf. L. 1. §. 1. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [e] arg. L. 7. §. 1. cit. cap. 2. in 6to. h. t. 1. 21. [f] cap. 2. in 6to. cit. Clem. 1. h. t. 1. 11. [g] L. 1. 3. 4. Cod. h. t. cf. L. 20. pr. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. — cap. 1. in 6to. l. c. [h] L. 6. D. de i. i. r. 4. 1. L. 18. §. 5. D. de minor. 4. 4.

den Erblasser bereits begonnenen Restitutionsfrist; aber auch für ihn kann die Frist erweitert werden, wenn in seiner Person ein neuer Restitutionsgrund vorliegt[i]. Ist der Verletzte vor Ablauf der Restitutionsfrist ohne Restitution in den Besitz desjenigen gekommen, gegen dessen Verlust er Restitution erlangen konnte, so schadet ihm der spätere Ablauf der Restitutionsfrist nicht mehr[k]. Uebrigens sollte nach römischem Recht innerhalb der Verjährungszeit nicht bloß das Gesuch angebracht, sondern auch das Restitutionsverfahren beendigt sein[l]. Nach heutigem Recht ist das letzte nicht mehr erforderlich.

Anm. [1] L. 7. pr. Cod. h. t. 2. 52 (53). (Justinianus A. Joanni p. p.) Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes sancimus, et in autiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune; ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum esse visum est. (§. 1.) Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit, sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. Vgl. L. 6. §. 2. (L. 6.) Cod. de repud. her. 6. 31.: quadriennium, quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatnr, praesti(tu)tum est. Daher ist in L. 26. D. 4. 6. die Erklärung Ulpian's über die Edictsworte: *intra annum, quo primum* etc. weggelassen, und anderwärts statt *utilis annus* wahrscheinlich interpolirt: *tempus restitutionis*, oder *utile, statutum t. r.* u. dgl. L. 19. 20. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Für die Restitution wegen Minderjährigkeit hatte schon Constantin ein tempus continuum von 3 bis 5 Jahren, nach Unterschied des Ortes, festgesetzt, worauf L. 7. cit. hindeutet. Vgl. L. 2. Theod. Cod. h. t. 2. 16., im Just. Codex mit Weglassung dieser Bestimmung als L. 5. Cod. h. t. aufgenommen. — Gegen die Beschränkung der L. 7. cit. auf die Fälle der §§. 119. 120 fg. Burchardi S. 509 fg. Mit Unrecht aber bezieht dieser, S. 514., das Gesetz auch auf die Restitution wegen capitis minutio, die schon nach altem Recht keiner Verjährung unterlag. L. 2. §. 5. D. de cap. min. 4. 5. Vangerow §. 180. Nr. 1.

[1a Dieser letztere Rechtssatz ist nun, seitdem das Alter der Großjährigkeit mit dem vollendeten 21. Jahre erreicht wird, entfallen. Wächter Pand. I. S. 590 fg.]

[2] [Wächter §. 115. D.] Auf die Kenntniß der Verletzung kommt es an sich und im Allgemeinen (vgl. not. e.) nicht an, Burchardi §. 27. [S. 516 fg.], auch nicht nach canonischem Recht, obwohl dieses zu Gunsten der Kirchen wohl Berücksichtigung besonderer Entschuldigungsgründe für die Versäumniß zuläßt. Savigny S. 248..251. Vermehren im civ. Arch. XXXIX. 9. gegen Keil das. XXXVIII. 16. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. III. 191., dagegen aber I. 270. VIII. 10. XI. 204. Busch S. 23.

[i] L. 19. D. 4. 4. L. 5. §. 1..3. L. 2. Cod. h. t. [k] L. 31. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [l] L. 5. pr. L. 7. §. 1. (L. 7. pr.) Cod. h. t. cf. L. 6. eod. L. 39. pr. de minor. 4. 4. Clem. 1. cit.

[3] Gewöhnlich wird behauptet, daß gegen die Versäumniß der Restitutionsfrist keine Restitution stattfinde. Arg. L. 20. pr. D. de minor. Burchardi S. 134. Puchta §. 107. Nr. 8. Dagegen s. Savigny S. 258..264. Auch dieser aber scheint L. 20. cit. noch zu strenge und allgemein zu nehmen und mit Unrecht in L. 1. 3. Cod. cit. 2. 52 (53). ein ganz singuläres Vorrecht der Soldaten zu sehen. Die Vergleichung mit L. 26. §. 1. L. 28. pr. D. ex quib. caus. mai. spricht dagegen.

## §. 123.

### III. Verfahren.

Das Restitutionsverfahren, welches in der Regel, wie in andern Rechtsstreitigkeiten, beiderseitiges Gehör erfordert[a], hat zunächst den Zweck, eine Entscheidung über die rechtliche Begründung des Restitutionsgesuches und somit Aufhebung der verletzenden Rechtsänderung durch richterlichen Spruch herbeizuführen, sog. iudicium *rescindens*[b]. Auf die ertheilte Restitution kann sich alsdann ein weiterer Rechtsstreit gründen, zur Verwirklichung der daraus hervorgehenden Ansprüche, iudicium *rescissorium* oder restitutorium[c]. Es kann aber auch dieses zweite Verfahren mit dem ersten verschmolzen und so das Endziel durch ein zusammenhängendes Verfahren erreicht werden[d], und in vielen Fällen wird die ganze Sache schon durch ein einfaches Restitutionsdecret erledigt.

Die eine Partei im Restitutionsverfahren (Restitutionskläger, Impetrant) ist der Verletzte oder dessen Universalsuccessor[e], in eigener Person oder durch einen Bevollmächtigten[f], der denn auch ein procurator in rem suam sein kann[g]. Die andere Partei (der Restitutionsbeklagte, Impetrat) bestimmt sich darnach, wem durch die angesuchte Restitution ein erworbenes Recht wieder entzogen oder eine Verpflichtung auferlegt werden soll. Ist das wiederherzustellende Verhältniß von absolutem Charakter, so findet auch die Restitution in rem statt[h], z. B. die Restitution gegen eine vollendete Ersitzung gegen jeden Besitzer der Sache[i]; betrifft sie aber ein obligatorisches Verhältniß, so geht sie zunächst nur in personam, gegen denjenigen, welcher dadurch ein Recht erhalten hat[k], jedoch ausnahmsweise und im Nothfall auch hier gegen

[a] L. 13. pr. in f. L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. un. Cod. si adv. dot. 2. 33 (34). Nov. 119. cap. 6. [b] L. 3. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 3. D. de minor. 4. 4. [c] L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. L. 13. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 5. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 7. §. 3. D. quod falso. 27. 6. L. 46. §. 3. D. de procurat. 3. 3. L. 18. Cod. de iure postlim. 8. 51. cf. L. 8. §. 9. 12. 13. D. ad S. Vellei. 16. 1. L. 16. Cod. eod. 4. 29. [d] L. 13. §. 1. cit. L. 9. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. L. 2. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 24. §. 4. L. 39. pr. D. de minor. 4. 4. L. 39. pr. D. de evict. 21. 2. [e] §. 122. not. h. L. 3. §. 9. 10. D. de minor. 4. 4. cf. Cod. qui et adversus quos in integrum restitui non possunt. 2. 41 (42). [f] L. un. Cod. etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse. 2. 48 (49). L. 25. §. 1..L. 27. pr. D. de minor. 4. 4. [g] L. 24. pr. D. l. c. L. 20. §. 1. D. de tutelae. 27. 3. (§. 112). [h] Pauli sentt. 1. 7. §. 4 [i] L. 17. pr. L. 30. §. 1. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 9. §. 4. D. quod met. 4. 2. [k] L. 29. §. 2. D. de minor. 4. 4.

dritte Personen, auf welche in Folge davon nur mittelbar das dem Verletzten Entzogene übergegangen ist[l].

Die Zuständigkeit des Richters bestimmt sich heutzutage[m] nach den betreffenden allgemeinen Regeln des Proceßrechts.

Während des Verfahrens soll keiner Partei eine Aenderung in den bestehenden Verhältnissen gestattet sein[n].

Anm. Zu den Sätzen unter not. h..k. vgl. Wetzell disp. de quaestione adversus quem i. i. r. imploranda sit. 1850. 4. Der Verf. stellt als Regel auf: die Restitution gehe nur „adversus eum, qui ex damno actoris lucrum cepit vel in id lucrum successit", so namentlich die Restitution gegen eine Ersitzung nur gegen den Ersitzenden und dessen (Universal- oder Singular-) Successoren. So auch Dollmann in den Bl. für Rtsanwendung XVI. S. 145 fg. Dagegen mit Recht Seuffert §. 665. A. 28. Jene Ansicht würde das wunderliche Ergebniß mit sich bringen, daß dem Verletzten gegenüber zwar nicht der rechtmäßige Besitzer auf die Ersitzung seines Rechtsurhebers, wohl aber der unrechtmäßige Besitzer auf die Ersitzung des ihm ganz fremden Usucapienten sich mit Erfolg berufen könnte, um die Klage des früheren Eigenthümers abzuwehren. Zudem: wenn nicht ein neuer von dem Usucapienten unabhängiger und daher der Restitution nicht unterliegender Erwerbgrund dem jetzigen Besitzer zur Seite steht, so muß das Eigenthum immer noch jenem oder einem Rechtsnachfolger desselben zustehen. Gegen diese aber könnte der Verletzte dann durch Restitutionsgesuch billiger Weise die Abtretung der Eigenthumsklage gegen den Dritten erwirken, und käme so denn doch zum Ziele. — Zum Theil andrer Meinung ist wieder Windscheid § 120. A. 2. 3. Er hält sich berechtigt L. 17. pr. cit. (not. i.) im Vergleich mit den Stellen in not. k. l. beschränkend zu erklären, und stellt daher als Regel auf: „Gegen diejenigen, welche durch einen abgeleiteten Erwerb andrer Art (d. h. nicht als Gesammtnachfolger) auf Grund der verletzenden rechtlichen Wirkung etwas erworben haben, kann die Wiedereinsetzung nur dann begehrt werden, wenn diese Personen bei dem Erwerbe die Begründetheit der Wiedereinsetzung gekannt haben oder ohne Wiedereinsetzung ein bedeutender Nachtheil von dem Verletzten nicht abgewendet werden kann; nur die Wiedereinsetzung wegen Zwanges wird unbedingt gegen jeden Dritten gewährt." [Vgl. noch Wächter §. 115. A. und zu den Sätzen unter not. a..d. ebenda B.]

## §. 124.

### IV. Wirkung.

Zweck der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist Zurückversetzung des Verletzten in die Lage, in welcher er vor dem verletzenden Umstande sich befand. Besteht die Verletzung in Verlust eines Rechts durch Versäumniß, so wird ihm die durch den Restitutionsgrund verlorene Zeit

[l] L. 13. §. 1.. L. 15. D. de minor. 4. 4. L. 9. pr. ibid. L. 1. Cod. si adv. vend. pign. 2. 28 (29). cf. L. 39. pr. D. de evict. 21. 2. [m] cf. L. 26. §. 1. D. ad municip. 50. 1. L. 16. §. 5. L. 17. 18. 42. D. de minor. 4. 4. Cod. ubi et apud quem cognitio restitutionis agitanda sit. 2. 46 (47). cap. 9. X. h. t. 1. 41. [n] Cod. in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat. 2. 49 (50).

dazu wieder eingeräumt[a]; hat er Verbindlichkeiten übernommen, so wird er davon befreit[b]; ist ihm von seinem Vermögen sonst etwas entzogen, so muß ihm dasselbe mit allem Zubehör wieder gewährt werden[c]. Aber andrerseits soll auch die Gegenpartei in ihre frühere Lage zurückversetzt werden, jedenfalls der Restituirte keinen Gewinn in Folge des rescindirten Verhältnisses behalten[d]. Indessen kann der Restituirte auch die ertheilte Restitution unbenutzt lassen[e], sonst aber gegen deren Folgen nur unter Voraussetzung eines Restitutionsgrundes wiederum Restitution nachsuchen[f]. Dritten Personen kommt die ertheilte Restitution in der Regel nicht zu Statten[g].

## §. 125.

### V. Beschränkungen.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll in folgenden Fällen überhaupt nicht stattfinden: 1) gegen die Folgen eines von dem Restitution Suchenden begangenen Delicts[a]; 2) gegen Geschäfte mit den Eltern, als solchen[b]; 3) gegen fiscalische Veräußerungen[c]; 4) gegen die dreißig- und mehrjährige Verjährung[d]; 5) gegen die Schließung einer Ehe; 6) wenn der Nachtheil, wegen dessen Restitution begehrt wird, unverhältnißmäßig geringer ist, als derjenige, welcher durch die Restitution für Andere entstehen würde[e].

Anm. 1 Vgl. noch oben §. 119. not. g. l. §. 122. not. f. und überhaupt Vangerow §. 178.

2 Puchta §. 107. Savigny VII. §. 321., insbesondere über die wichtige Ausnahme unter Nr. 4., gegen Vangerow a. a. O. u. Burchardi S. 135 . . 138., Savigny III. S. 421 . . 423. [Ueber die Ausnahme unter Nr. 5. s. Burchardi S. 142 fg., Savigny VII. S. 142 fg. Dagegen ist Restitution gegen ein Verlöbniß zuläßig: Pract. Arch. N. F. XII. S. 394 fg. — Die Ausnahme unter Nr. 2 besagt:

[a] L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 26. §. 7. 8. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [b] L 27. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 19. D. de novat. 46. 2. — L. 7. §. 5. L. 33. D. de minor. [c] L. 27. §. 1 . . 3. L. 40. 48. D. l. c. L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [d] L. 7. §. 5. L. 24. §. 4. L. 40. §. 1. L. 47. §. 1. L. 50. D. de minor. 4. 4. L. 28. §. 6. L. 29. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. un. Cod. de reputationibus, quae fiunt in iudicio in integrum restitutionis. 2. 47 (48). cf. L. 13. §. 28. D. de act. emti. 19. 1. [e] L. 41. D. de minor. 4. 4. [f] L. 7. §. 9. D. l. c. [g] L. un. Cod. si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur. 2. 25 (26). L. 2. Cod. si unus ex plur. app. 7. 68. cf. L. 10. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. — L. 7. §. 1. D de except. 44. 1. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. L. 1. 2. Cod. de fideiussoribus minorum. 2. 23 (24).

[a] L. 9. §. 2. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 1. Cod. si adv. del. 2. 34 (35). [b] L. 2. Cod. qui et adv. quos. 2. 41 (42). cf. L. 3. §. 6. D. de minor. 4. 4. L. 2. Cod. si adv. rem iud. 2. 26 (27). L. 8. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nov. 155. cap. 1. (unglossirt.) [c] L. 5. Cod. de fide hastae. 10. 3. cf. L. 3. Cod. si adv. fisc. 2. 36 (37). [d] L. 3. Cod. de praescript. 30. ann. 7. 39. cf. L. 5. Cod in quib. caus. i. i. r. nec. non est. 2. 41. [e] L. 4. D. de i. i. r. 4. 1. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4.

„Descendenten können gegen ihre Ascendenten, wenn sie bei einem Rechtsverhältnisse zu denselben verletzt sind, Restitution nicht ansprechen, außer die Frage würde, wie z. B. bei einer nachtheiligen Arrogation, das Descendentenverhältniß selbst betreffen ... Diese Versagung der Restitution (bezieht sich) bloß auf Rechtsverhältnisse zwischen Descendenten und Ascendenten, nicht auf Rechtsverhältnisse zu Dritten, sollten sie auch durch die Ascendenten vermittelt worden sein ... Wenn ... der Vater als Verwalter der Adventitien seiner Kinder oder als Vormund derselben für sie nachtheilige Geschäfte mit Dritten eingeht ..., so ist die Restitution (gegen jene Dritten) nicht ausgeschlossen." Wächter Pand. I. S. 593 fg.]

# Zweites Buch.

# Von den Rechten an Sachen.

---

## Erstes Capitel.

### Von den Sachenrechten im Allgemeinen.

### §. 126.

### I. Wesen und Arten der Sachenrechte.

Die eine Hauptklasse der Vermögensrechte unterscheidet sich wesentlich dadurch von andern Rechten, daß jene zum Gegenstande unmittelbar [1] eine Sache haben (§. 48), welche kraft derselben der Willensherrschaft einer Person unterworfen ist. Diese Rechte heißen daher Sachenrechte, auch dingliche Rechte (§. 22). Sie bestehen ihrem Wesen nach, eben weil sie unmittelbar eine Sache zum Gegenstande haben, unabhängig von besonderer Verpflichtung einer bestimmten andern Person und können daher durch dingliche Klage geltend gemacht werden (§. 97). Jene rechtliche Willensherrschaft aber kann sich auf die Sache im Ganzen erstrecken, ohne Beschränkung auf bestimmte Richtungen der Beherrschung. Ein solches Recht an einer Sache ist das Eigenthum, dominium rei, dominium im vorzüglichen Sinn, an sich der Inbegriff aller Befugnisse, welche einer Person in Ansehung einer Sache rechtlich zustehen können. Aber dieses umfassende Recht kann Beschränkungen erleiden durch Rechte andrer Personen, welchen dieselbe Sache nach bestimmten Beziehungen unterworfen ist. So ergeben sich Rechte an einer fremden Sache, iura in re aliena [1a]. Diese haben eben so unmittelbar die Sache zum Gegenstande, wie das Eigenthum, das sie nicht ausschließen, sondern nur, so lange sie bestehen und so weit sie sich erstrecken, einschränken; sie setzen aber zu ihrer Entstehung fremdes Eigenthum an der Sache

voraus; der Eigenthümer selbst kann sie als besondere Rechte nicht haben, weil ihm die ihren Inhalt ausmachenden Befugnisse ohnehin als im Eigenthum enthaltene zustehen[2]. Die umfassendsten, daher dem Eigenthum am nächsten stehenden Rechte dieser Art sind Emphyteusis und Superficies, praktisch wichtiger die ihrem Inhalt nach sehr manchfaltigen Servituten oder Dienstbarkeiten, persönliche, wie das Recht der Nutznießung oder der Usus fructus, und mit einem Grundstück verbundene, Grunddienstbarkeiten oder iura praediorum. Alle diese betreffen die Benutzung der Sache, wenigstens in so fern, daß sie dem Eigenthümer rücksichtlich der Benutzung der Sache eine Beschränkung zu Gunsten des Berechtigten auflegen, wenn auch nicht alle dem letzten eine positive Benutzung der Sache gewähren. Man kann sie in so fern dingliche Nutzungsrechte nennen. Es gibt aber noch ein Recht an fremder Sache, welches nicht die Benutzung derselben betrifft, sondern dem Berechtigten die Verfügung über das Eigenthumsrecht selbst gewährt, um durch dessen Werth sich Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen, das Pfandrecht. Dieses ist indessen nur ein accessorisches Recht einer Forderung, von dieser Seite nahe verwandt der Bürgschaft (§. 93); es ist daher systematisch angemessener, dasselbe mit der Lehre von den Obligationen in Verbindung zu bringen, um so mehr, als auch Forderungen selbst Gegenstand der Verpfändung geworden sind, und daher das Pfandrecht jedenfalls nicht in jeder Gestaltung als ein Recht an einer (körperlichen) Sache sich darstellt[3].

[Anm. [1] Daß die Sachenrechte eine unmittelbare Herrschaft über eine Sache gewähren, ist auch neuestens wieder bestritten. Vgl. z. B. nebst §. 22. A. 6. noch Thon Rechtsnorm und subj. R. S. 301 fg., Strohal in der Wiener Ztschr. VII. S. 408. Dagegen aber Bekker an dem A. 2. a. O. S. 17 fg., 32. 36., auch Wächter Pand. §. 36. 148. und Beil. Wieder anders Bierling z. Kritik d. jur. Grundbegr. II. S. 181 fg.]

[1a] Ein moderner, obwohl nicht unlateinischer Ausdruck; die Römer bedienen sich in Beziehung auf diese Rechte, im Gegensatz des Eigenthums, schlechthin des Ausdrucks: ius in re habere, und das nicht als einer regelmäßigen technischen Bezeichnung. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. L. 19. pr. D. de damno infecto. 39. 2. Sive domini sint sive aliquod in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius. Vgl. L. 71. §. 5. D. de legat. I. Böcking Inst. II. §. 133. Diese Bezeichnung erklärt sich daraus, daß die Römer, das Eigenthum mit seinem Gegenstande identificirend, unter res das Eigenthum an der Sache selbst verstanden, daher auch wohl die dasselbe beschränkenden Rechte im Gegensatz gegen jenes schlechtweg iura nannten (§. 48. A. 1. Brinz 1. Aufl. §. 49.); obwohl sich auch „ius dominii" findet, L. 61 (59). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 4. Cod. de relig. 3. 44., und „ius proprietatis", L. 5. Cod. de distr. pign. 8. 27

(28). Vgl. Neuner Privatrechtsverhältnisse S. 60., welcher ius in re als Herrschaft über die Brauchlichkeit einer Sache, also in re haerens s. consistens auffaßt. Dagegen Windscheid §. 165. A. 1. Bürkel in d. krit. Vjschr. XI. S. 213 fg. [Vgl. noch Landsberg die Glosse des Accursius S. 82 fg.] — Wie aber die Worte dominium, dominus (sc. rei oder corporis, corporalium rerum), auf das vollkommene rechtliche Haben einer Sache deuten, L. 4. pr. D. comm. div. 10. 3., so wird auch wohl das Haben eines andern Rechts, als einer unkörperlichen Sache, gleicherweise bezeichnet, z. B. dominium ususfructus in L. 3. D. si ususfr. pet. 7. 6., hereditatis dominus in L. 49 (48). pr. D. de hered. inst. 28. 5., so wie dominium und dominus proprietatis in L. 17. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. u. a. Vgl. §. 22. A. 5. §. 48. A. 1. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 256 (civ. Schr. I. S. 255) fg. — Zur Literatur dieser Lehre: K. Sell römische Lehre der dinglichen Rechte, 1. Thl. 2. Aufl. 1853., und darüber Dernburg's strenge Kritik in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 138 fg.

[² Vgl. aber jetzt G. Hartmann Rechte an eigener Sache. Unters. z. L. v. Eigenthum (abgedr. auch in d. dogm. Jahrb. XVII. 2.), drbr. Exner in d. krit. Vjschr. XX. S. 403 fg. Dazu Bekker Allerlei von den dingl. Rechten insbes. v. d. Rechten an eigner Sache, in d. Ztschr. f. vergleich. R.W. II. 2. bes. S. 37 fg., 46 fg. Kohler Ges. Abh. Nr. 9. S. 245..317.]

³ Ueber den Gegensatz der „dinglichen Nutzungsrechte" und des Pfandrechts vgl. Blume's Grundriß des Pandektenrechts, 1. Aufl. [1829.] S. XIX. [und Dernburg Pfandrecht I. §. 14.] Was die Stellung der Lehre vom Pfandrecht betrifft, so wird sie in den neueren Systemen fast allgemein in der Lehre von den Sachenrechten abgehandelt, auch von solchen, die selbst das Pfandrecht an einer Sache nicht als ein ius in re ansehen. Sintenis §. 37. 67. Der Verfasser dieses Lehrbuchs ist schon lange davon abgewichen, auch in seinem Grundriß zu Pandektenvorlesungen, 1840, und hat dies zu rechtfertigen versucht in den krit. Jahrb. VII. S. 300 (civ. Schr. III. S. 14) fg., nicht bloß als eine Utilitätsmaßregel (Sintenis §. 37. A. 3.), sondern durch den innern Zusammenhang der Rechtsinstitute (§. 22. a. E.), den „ein verjährter Besitzstand" nicht auflösen kann, womit auch Wächter Württ. Pr.R. I. S. 549. II. 319. übereinstimmt. Uebrigens führt Sintenis S. 618. auch einen Grundriß, angeblich von Rudorff, 1836, an, welcher das Pfandrecht in's Obligationenrecht gestellt habe [anders die 2. Ausg. 1843.], und so hat es zeitweise auch der ältere Hasse angemessen gefunden. Vgl. auch Deurer Grundriß für äußere Gesch. und Inst. des R.R. §. 180 fg. Müller Institutionen §. 143..148. Dagegen erklärt sich freilich wieder Böcking Inst. II. §. 133. A. 6., ungeachtet der weiteren Ausdehnung des Pfandrechts (nach Analogie des Quasiususfructus §. 181.), mit einigem Recht, wenn die Verschiedenheit der Rechte, insbesondere die nach deren Gegenstande, vor Allem das System bestimmen müßte (§. 22. A. 4), obwohl römische Auffassung und Anordnung eher der unsrigen entspricht. Erheblichere Gründe sprechen dafür, das heutige Hypothekenrecht im System mit der Lehre vom Eigenthum und den dinglichen Nutzungsrechten zu verbinden. So auch Förster III. §. 190 fg., der aber das ganze Sachenrecht (III. §. 156 fg.) hinter das Obligationenrecht (I. §. 61 fg. II. §. 121 fg.) stellt. — Brinz 2. Aufl. stellt in Buch III. Th. 2. unter der Rubrik: „die Rechte im Einzelnen. I. das Vermögen. A. das Personenvermögen. 1. Eigenthum und iura in re — Besitz und Quasibesitz" dar, §. 129 bis 205., mit Ausschluß der Lehre v. Pfandrecht. [Letzteres steht nun am Schluß des Oblig.R. „die Sachenhaftung". §. 346 fg.]

## §. 127.
## II. Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

Für den Erwerb des Eigenthums und dinglicher Nutzungsrechte stellte man bis gegen Ende des achtzehnten Jahrhunderts gewöhnlich als allgemeines Erforderniß das Dasein des sogenannten *titulus* und *modus acquirendi* auf. Diese Theorie, die indessen auf neuere Gesetzgebungen nicht ohne Einfluß geblieben, ist jetzt allgemein als falsch und unhaltbar aufgegeben[1]. Es fehlt überhaupt an Regeln für den Erwerb, die allen Arten der Sachenrechte zugleich gemeinsam und eigenthümlich wären (§. 56). Dagegen gibt es besondere Gründe des Verlustes dieser Rechte, die aus deren gemeinsamer Natur sich ergeben. Dahin gehört der Untergang der Sache und die Aufhebung ihrer Verkehrsfähigkeit[a] (§. 49), sodann[2] deren Uebergang in die Gewalt des Feindes[b], und rücksichtlich der Rechte an wilden Thieren, deren Rückkehr zu ihrer natürlichen Freiheit[c].

Vermöge besonderer Rechtsvorschrift soll der Erfolg jeder vom Fiscus, desgleichen vom Regenten oder dessen Gemahlin vorgenommenen Veräußerung gegen alle Rechtsansprüche dritter Personen auf den Gegenstand der Veräußerung vollkommen gesichert, und dafür diesen nur ein in vier Jahren zu verfolgender Entschädigungsanspruch gegen den Veräußernden gewährt sein[d]. Daraus folgt, daß durch solche Veräußerung einer Sache alle bisher andern Personen an derselben zustehenden dinglichen Rechte aufgehoben werden, welche den Rechtserwerb, der dadurch dem Empfänger gewährt werden sollte, ganz oder zum Theil vereiteln würden[3].

Anm. [1] Vgl. Hugo im civ. Mag. I. 11. „Berichtigung einiger gewöhnlichen Vorstellungsarten in Höpfner's Commentar" S. 216..232. (1790.), und IV. 6. S. 137..183. „Vollständige Darstellung der Lehre von (iustus) titulus und dem s. g. modus adquirendi" (1812.). Unger II. §. 72. A. 25..41. Fr. Hofmann d. L. v. titulus u. modus adquirendi und v. d. iusta causa traditionis. 1873. vrbr. Czyhlarz in d. Wiener Ztschr. I. S. 431 fg. [Wächter Pand. II. §. 117. Note 3. Landsberg die Glosse des Accursius S. 102 fg.]

[2] In Ansehung gewisser Sachen gilt nach R. R. das *ius postliminii*, d. h. wenn sie aus der feindlichen Gewalt befreit sind, so leben die früheren Rechte daran wieder auf (recipiuntur postliminio); es sind Grundstücke und Sklaven, sodann Schiffe und Pferde oder Maulthiere, die im Kriege gebraucht werden (not. b.). Ueber die heutige

[a] L. 7. §. 5. 6. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 23. 24. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 1. Cod. de emphyt. iure, 4. 66. [b] L. 2. 3. 20. §. 1. L. 28. D. de capt. et postlim. 49. 15. L. 10. Cod. eod. 8. 50 (51). [c] §. 12. 15. J. de rer. div. 2. 1. L. 3. §. 2. L. 5. pr. §. 5. D. de acquir. dom. 41. 1. [d] L. 2. 3. Cod. de quadriennii praescr. 7. 37. §. ult. J. de usucap. 2. 6. cf. L. 5. D. de iure fisci. 49. 14.

Anwendung dieser Bestimmungen: Puchta §. 143. not. b. Schmid Hdb. I. S. 68 fg. vgl. §. 154. A. 2.

[3] Ueber den Umfang dieser Rechtsvorschrift vgl. Arndts in Linde's Ztschr. XIX. S. 3..9., über deren Grund S. 20..22. (civ. Schr. II. S. 390 fg. 403 fg.). Die heutige Anwendbarkeit bezweifelt Sintenis §. 39. A. 4. [vgl. auch Wächter Pand. I. S. 323.]; anerkannt ist sie in einem hannöverischen, verworfen in einem holsteinischen oberstrichterlichen Erkenntniß, Seuffert's Arch. V. 108. 109., dagegen wiederum anerkannt in einem darmstädtischen, [einem sächsischen (Jena)] und auch in einem holsteinischen Erkenntniß, das. IX. 263. XIV. 207. [XXI. 13. — Der Erwerb ist hier, was oft nicht beachtet wird, nicht als ein abgeleiteter (§. 56.), sondern als ein ursprünglicher anzusehen. Göschen Vorl. II. §. 243. 268.; vgl. Exner Tradit. S. 66 fg. A. 58.]

## §. 128.

## III. Dauer der dinglichen Rechte.

Dingliche Rechte, welche einmal einer Person rechtsgültig erworben sind, bestehen an sich, unabhängig von dem Rechtsurheber, von welchem deren Erwerb etwa abgeleitet ist, so lange fort, bis ein deren Verlust bewirkender Umstand eintritt. Es ist aber möglich, daß das Rechtsgeschäft, auf welches der Erwerb sich gründete, der Gefahr der Rescission unterliegt (§. 79), durch welche der Erwerb rückwärts wieder aufgehoben wird. Es kann sonst auch das erworbene Recht an der Sache rücksichtlich seiner Dauer beschränkt sein, so daß dasselbe kraft dieser ihm anhaftenden Beschränktheit von selbst durch den Eintritt eines bestimmten Umstandes oder mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit ein Ende nimmt. Wo nun dieses der Fall ist, theilt sich dieselbe Beschränktheit nach §. 56 auch den kraft jenes Rechts anderen Personen (durch translative oder constitutive Uebertragung) eingeräumten Rechten mit, so daß auch diese durch Eintreten jenes Umstandes oder Ablauf jener Zeitfrist erlöschen. So kann es geschehen durch Erfüllung einer Bedingung, sei es, daß das Recht dem Uebertragenden unter einer auflösenden Bedingung erworben[a], oder damals schon einem Andern der Erwerb desselben unter einer aufschiebenden Bedingung zugesichert war, deren Erfüllung nun insofern auf jene Zeit zurückwirkt[b]. Die Aufhebung tritt hier ipso iure ein; das fragliche Recht fällt von selbst demjenigen zu, dessen Erwerb oder Rückerwerb von der erfüllten Bedingung abhängig war, frei von den beschränkenden Rechten, welche inzwischen Andern

[a] L. 4. §. 3. D. de in diem add. 18. 2. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 9. D. de aqua pluv. 39. 3. [b] L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 16. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. cf. L. 3. §. 3. 3a. 3b (3). Cod. comm. de legat. 6. 43. — L. 9. pr. §. 1. D. de iure dot. 23. 3.

darauf eingeräumt sind[c]. So kann es auch in Folge einer bloßen **Zeitbestimmung** geschehen, sei es, daß das Recht des Rechtsurhebers kraft eines seinen Willen bindenden Rechtsgrundes mit Ablauf einer bestimmten Zeit von selbst auf einen Andern überzugehen bestimmt[d] oder demselben nur bis zum Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes verliehen ist[e]. Ein anderer Fall ist es, wenn nur eine **Forderung** auf Rückübertragung eines dinglichen Rechts begründet ist, welche auf die kraft desselben inzwischen dritten Personen eingeräumten Rechte nicht zurückwirken kann[f]. Auch ist es möglich, daß zwar das einer Person erworbene Recht beim Eintritt eines gewissen Umstandes von selbst (ipso iure) an einen andern übergehen oder zurückkehren soll, ohne daß jedoch die von jener inzwischen einem Dritten eingeräumten Rechte an der Sache davon betroffen werden[g].[1] Uebrigens besteht das dingliche Recht, dessen Erlöschung aus irgend einem Grunde zu erwarten sein mag, inzwischen, bis zum Eintritt des die Aufhebung bewirkenden Umstandes, in voller[2] Wirksamkeit[h]; und verschieden davon ist der Fall, wenn es zur Zeit noch objectiv unentschieden ist, ob **jetzt** schon Jemand und wer von mehreren das Recht habe, und erst durch einen spätern Umstand entschieden wird, daß das Recht des einen rückwärts als schon in jener Zeit bestehend, das des andern als nicht bestehend anzusehen sei[i].

Anm. [1] Man pflegt die bei dinglichen Rechten vorkommende Beschränkung, wornach sie in gewissen Fällen aufhören, beziehungsweise an einen andern zurückgelangen sollen, als eine Eigenschaft der dinglichen Rechte aufzufassen, und als **Revocabilität** derselben zu bezeichnen; man unterscheidet dabei eine sog. revocatio *ex nunc* und *ex tunc*, je nachdem die revocatio nur von jetzt an wirke, oder in die Vergangenheit zurückwirkend die inzwischen andern Personen eingeräumten Rechte zugleich aufhebe, und bezieht auf den letzten Fall die Regel: Resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, oder *Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*, wobei jedoch mancherlei abweichende Ansichten sich geltend machen. Vgl. **Sintenis** von der sogenannten Revocabilität der Sachenrechte, in Linde's Ztschr. XX. 2. Civilrt. §. 39. **Puchta** §. 142. **Böcking** Inst. II. §. 156. Jene Bezeichnung ist aber für manche hier in Betracht kommende Fälle nicht passend. Das Entscheidende ist, ob eine Beschränktheit der Dauer in einer oder andern Art dem dinglichen Rechte selbst inhärire. Dann ergibt sich das Weitere als Consequenz aus der Regel des §. 56: „Nemo plus iuris etc.“ Vgl. **Fitting** über den Begriff der Rückziehung S. 66 fg. 102 fg. Was der Verfasser

[c] L. 69. §. 1. L. 81. pr. 82. pr. D. de legat. I. — L. 41. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. pr. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. (§. 71. A. 4.) [d] L. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 71. §. 3. D. de cond. 35. 1. cf. L. 3. §. 2a (2). Cod. comm. de legat. 6. 43. [e] L. 1. §. 3. L. 15. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 8. Cod. de usufr. 3. 33. cf. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 31. D. de pign. 20. 1. L. 26. Cod. de legat. 6. 37. L. 4. D. de servit. 8. 1. [f] §. 71. A. 6. L. 21. §. 1. L. 43. §. 8. D. de aed. ed. 21. 1. [g] L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. [h] L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 2. D. fam. erc. 10. 2. L. 4. §. 3. 4. D. de in diem add. 18. 2. L. 205. D. de R. J. [i] L. 44. pr. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I. L. 15 (16). D. de reb. dub. 34. 5. L. 70. §. 1. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 25. §. 1. eod. L. 43. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1.

hier als objective rechtliche Eigenschaft der Sache bezeichnet, ist in der That, wie er selbst auch S. 79. A. 116. sich ausdrückt, nichts anderes als eine „innere Schranke", welche das Eigenthum an der Sache in sich trägt. Vgl. übrigens noch Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 91. A. 3. §. 165. A. 8. [E. Zimmermann stellv. Reg. Gest. §. 11. Wächter Pand. I. §. 68. Beil. II., §. 69. S. 326 fg.]

[2 Doch hat jede zeitliche Beschränkung nothwendig auch eine inhaltliche zur Folge, da der Vormann die Interessen der Anwärter berücksichtigen muß. Pfaff und Hofmann Excurse II. 2. S. 187 bes. Note 5. und oben §. 70. A. 4.]

## §. 129.

## IV. Ausübung der Sachenrechte. Besitz [1].

Eigenthum und dingliche Nutzungsrechte gestatten ihrer Natur nach eine fortgesetzte Ausübung (§. 92). Das Eigenthum ist das Recht vollkommener Herrschaft über die Sache, die sich thatsächlich in beliebigen Verfügungen über dieselbe, mit Ausschließung Anderer, äußern kann. Die dinglichen Nutzungsrechte geben ebenfalls, nur in bestimmter Richtung und Beschränkung, eine Herrschaft über die Sache, die sich in wiederholter Ausübung gewisser Befugnisse oder Behauptung eines gewissen Zustandes in Ansehung der Sache thatsächlich geltend macht. Dem Rechte an der Sache entspricht also ein gewisses thatsächliches Verhältniß, worin sich die rechtliche Willensherrschaft in Ansehung der Sache fortwährend an den Tag legt[2]. Dieses kann jedoch auch als bloße Thatsache stattfinden, unabhängig von dem wirklichen oder anerkannten Dasein des entsprechenden Rechts. Der rechtlichen Ordnung gemäß soll aber die thatsächlich geübte Willensherrschaft schon als solche geachtet werden, so lange nicht im Wege Rechtens ein entgegenstehendes Recht dagegen geltend gemacht ist; es ist derselben schon an sich ohne Rücksicht auf das Recht, welches sie begründen könnte, ein gewisser Rechtsschutz verliehen. So ergibt sich, als ein Verhältniß von eigener juristischer Bedeutung, der Besitz einer Sache oder eines Rechts an der Sache. Jene thatsächliche Ausübung des Eigenthums stellt sich, da sie die Sache in ihrer Totalität ergreift, als Besitz der Sache selbst dar, und davon hat die ganze Theorie des Besitzes ihren Ausgang genommen; bei den übrigen Rechten an einer Sache aber kann man eben nur das Recht, nach seinem Inhalt im Allgemeinen aufgefaßt, als den Gegenstand des Besitzes bezeichnen. Daher unterscheiden wir Besitz der Sachen, welcher dem Eigenthum correspondirt (Eigenthumsbesitz, §. 135 fg.), und Besitz der dinglichen Nutzungsrechte, welcher als Analogon des Besitzes von Sachen gewöhnlich Quasibesitz genannt wird (§. 192)[3].

Anm. [1] Eine eben so einflußreiche als verdienstvolle Bearbeitung der wichtigen Lehre vom Besitze enthält: Savigny das Recht des Besitzes. 1803. (vgl. die Rec. von Thibaut in der Allg. Lit. Ztg. von 1804. Nr. 41..43.) Sechste Auflage. 1837. Siebente Aufl. besorgt von Rudorff, 1865. Darin „Litterärgeschichte" aus der 6. Aufl. S. 5..24., und als Anhang Zusätze des Herausgebers über die neuere Besitzliteratur S. 539..727. Nr. 1..183. Vgl. krit. Vjschr. VII. S. 131 fg. 305 fg. — Aus der Literatur zwischen der 6. und 7. Auflage sind hervorzuheben: Puchta Art. Besitz im Rechtslexikon II. S. 41..73. (kl. civ. Schriften Nr. 26.) und vorzüglich C. G. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. Fast gleichzeitig mit der 7. Aufl. von Savigny's Werke erschien: Der Besitz nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preuß., französ. und sächs. Gesetzb. v. A. Randa, 1865, eine tüchtige partikularrechtliche Bearbeitung dieser Lehre (vgl. Arndts in krit. Vjschr. VIII. S. 378. civ. Schr. III. S. 227 fg.); 2. durchgesehene und durch die Besitzklagen vermehrte Aufl. 1876. [drbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 9. Meischeider in d. krit. Vjschr. XIX. S. 210 fg. Cohn in Goldschmidt's Ztschr. f. d. ges. Handelsr. XXIII. (N. F. VIII.) S. 342 fg. Canstein der Besitzschutz nach östr. R. in d. Wiener Ztschr. V. S. 719 fg. VI. S. 120 fg.; 3. durchgesehene und vermehrte Aufl.: „der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen nach österr. R. mit Berücks. d. gem. R., des preuß., franz. u. ital., des sächs. u. zürch. G.B." 1879. XXIV. und 695 SS.] weiterhin P. van Wetter Traité de la possession en droit romain. 1868. — Einen bedeutenden Zuwachs aber hat die Besitzliteratur neuestens erhalten durch Jhering Beiträge zur Lehre vom Besitz, erster Beitrag, in den dogmat. Jahrb. IX. 1. S. 1..196., auch besonders herausgegeben unter dem Titel: Ueber den Grund des Besitzesschutzes. Eine Revision der Lehre vom Besitz. 2. Aufl. 1869. vgl. R. Schmid in krit. Vjschr. XII. S. 63..85. Bruns d. Besitzklagen des röm. und heutigen Rechts. 1874. (drbr. Arndts in d. Wiener Ztschr. I. S. 769 fg. Brinz in d. Jen. Litztg., 1874. Nr. 40. Padelletti im Arch. giurid. XV. S. 1 fg. Bekker über Besitz und Besitzklagen in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 1 fg.). Brinz Pand. 2. Aufl. §. 135 fg. 196. 201. — Meischeider Besitz und Besitzesschutz. 1876. (Drbr. Scheurl in d. Jen. Litztg. 1876. Nr. 20. Randa in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 321 fg. und in der Wiener Ztschr. III. S. 791 fg. [Pernice in d. Ztschr. f. Handelsr. XXII. S. 415 fg.]). [Liebe der Besitz als Recht in thesi. 1876. (drbr. Randa in der Wiener Ztschr. IV. S. 368 fg. und in d. krit. Vjschr. XIX. S. 251 fg. Cohn in Goldschmidt's Ztschr. XXIII. (N. F. VIII.) S. 341 fg.) Kindel in d. Beitr. zur Erläut. d. deutschen R. XXI. S. 411 fg., 712 fg. XXII. S. 50 fg. 199 fg. 536 fg. XXIII. S. 55 fg. 378 fg. 511 fg. 785 fg. umgearbeitet zu einem Buch: die Grundlagen des römischen Besitzrechts. 1883. (hier kurzweg mit dem Namen des Verf. citirt). Seitz Antike und gegenw. Bedeutung der röm. possessio in d. Wiener Zeitschr. VI. S. 397 fg. 559 fg. 694 fg. Das heut. positive und nationale Besitzrecht in seiner Unabhängigkeit v. d. röm. possessio. 1880. (drbr. Meischeider in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen R. XXV. S. 495 fg.). Randa Z. Besitzliteratur nach österr. R. in d. Wiener Ztschr. VI. S. 465 fg. Bekker d. Recht des Besitzes bei den Römern. Festgabe an J. C. Bluntschli. 1880. (drbr. Kindel in d. Beitr. z. Erl. d. d. R. XXV. S. 497 fg. 783 fg. 907 fg. Ueber Seitz und Bekker Brinz krit. Vjschr. XXIII. S. 388..440 und zu dem letzten Aufsatz: Bekker in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 19 fg. (des Sep.-Abdr.) Wendt das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, in d. dogm. Jahrb. XXI. S. 56..342. Auch besonders abgedruckt

(1883). (Vrb. Exner in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 56 fg.) Dernburg Entwicklung und Begriff des jurist. Besitzes d. röm. R. (Festschrift 1883). H. Duncker die Besitzklage u. d. Besitz 1884.]

[2] Der Begriff des Besitzes als eines rechtlich geschützten Verhältnisses thatsächlicher Rechtsausübung ist auch bei andern Rechten anwendbar, welchen eine dauernde oder sich wiederholende Ausübung entspricht. Bruns Recht des Bes. S. 477..486. Er ist auch wirklich im neuern Recht noch auf andere Rechte ausgedehnt worden, obwohl streitig, in welchem Umfange? Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 368..374. und in krit. Vjschr. VIII. S. 380 fg. (civ. Schr. I. S. 278 fg. III. S. 228 fg.). Aber im R. R. kommt er nur in Anwendung auf Sachen (Eigenthum) und dingliche Nutzungsrechte vor, worauf ihn auch die Gesetzgebung der neuesten Zeit wieder zu beschränken versucht. Arndts in den krit. Jahrb. XI. S. 804 fg. und in d. krit. Ueberschau I. S. 146. 353 fg. (civ. Schr. III. S. 361 fg. 400. 414 fg.) [Kindel §. 3. bestreitet die Analogie zwischen Sach- und Rechtsbesitz und will an Stelle des letzteren „das Recht der Interdicte, das vorläufige Recht" setzen.] Daher findet die Lehre vom Besitze in der Lehre vom Eigenthum, beziehungsweise von den dinglichen Nutzungsrechten, ihre geeignete Stelle. Arndts a. a. O. Bruns S. 486. Vgl. Mühlenbruch §. 230 bis 240. 275. 293., auch Windscheid §. 148..164. und Förster III. §. 157..165., welche die ganze Lehre vom Besitz im Sachenrecht, aber vor der Darstellung der verschiedenen dinglichen Rechte ausführen; vgl. Neuner Rechtsverh. S. 225. §. 123 fg. (Brinz Pand. 2. Aufl. a. a. O. behandelt Besitz und Quasibesitz in Verbindung mit Eigenthum und iura in re.) Mag auch der Grund des Besitzschutzes in der Achtung des in thatsächlicher Unterwerfung eines Gegenstandes sich äußernden Willens der Person, der nur dem Rechte, nicht der bloßen Willkür Andrer zu weichen braucht, gefunden werden, so genügt dies doch nicht, um das Recht des Besitzes mit Puchta §. 122. als ein Recht an der eigenen Person hinzustellen (Hasse jun. im Rhein. Mus. VI. S. 184 fg. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. VII. S. 101 fg.), noch auch wird dadurch in der systematischen Darstellung die Losreißung des Besitzes von den Rechtsverhältnissen, denen er als Factum der Rechtsausübung gegenübersteht, gerechtfertigt. Andere stellen die Lehre vom Besitz unter verschiedenen Rubriken in den allgemeinen Theil, z. B. Thibaut, Seuffert, Vangerow u. a. Uebrigens vgl. Savigny a. a. O. §. 6. und dazu Rudorff's Anhang Nr. 18. 19. Neuner a. a. O. S. 134 fg. Windscheid §. 148. A. 6. Randa §. 3. 8. und jetzt Jhering a. a. O. S. 3 fg. 158 fg. [179 fg.] Ueber eine absonderliche Ansicht von Lenz das Recht des Besitzes. 1860., dem der Besitz „das einzige Recht auf die Sache" ist, vgl. Esmarch in d. krit. Vjschr. IV. S. 190 fg.

[[3] Conflict zwischen Sach- und Rechtsbesitz: Wendt S. 184 fg.]

## Zweites Capitel.

### Vom Eigenthum [1].

### I. Wesen und Inhalt des Eigenthums.

§. 130.

#### A. Nähere Bestimmung des Begriffs.

Das Eigenthum ist seinem Grundbegriffe nach das einem Subjecte zustehende Recht vollkommener Herrschaft über eine körperliche Sache, vermöge dessen man sagen kann, daß die Sache im Ganzen dieser Person gehöre (§. 48), ihrem Willen schlechthin und total unterworfen sei, welches daher auch gegen jeden, der ihr die Ausübung dieser Herrschaft entzieht, durch eine dingliche Klage (rei vindicatio) geltend gemacht werden kann. In dem Inhalt des Eigenthums kann man eine positive und eine negative Seite unterscheiden; jene, indem der Eigenthümer berechtigt ist, selbst in jeder beliebigen Weise, auch durch Zerstörung, über die Sache zu verfügen; diese, indem er eben so berechtigt ist, jeden Andern von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Bei dem Eigenthum an Grund und Boden erstreckt sich dieses aber auch auf das, was sich unter der Oberfläche befindet, wie auf den Raum über dem Grundstück, soweit der Natur der Sache nach in beiden Richtungen die ausschließliche Herrschaft eines Einzelnen sich geltend machen kann und bezüglich der Benutzung des Grundstücks irgendwie von praktischem Interesse ist [2]. Uebrigens ist es unnöthig, die Befugnisse des Eigenthümers näher zu bestimmen; auch die früher gewöhnliche [2a] Unterscheidung von sog. Proprietäts- und Nutzungsrechten ist eben so unfruchtbar als unsicher. Indessen schließt es den Begriff des Eigenthums nicht aus, wenn entweder durch besonders begründete Rechte Andrer oder auch durch allgemeine Rechtsvorschrift, einzelne in der sonst unbegränzten Herrschaft enthaltene Befugnisse dem Eigenthümer entzogen sind [3], so wenig wie der Begriff der persönlichen Freiheit dadurch aufgehoben wird, daß man die den Rechten anderer Personen entsprechenden Pflichten erfüllen und sich den allgemeinen Rechtsvorschriften unterordnen muß [4]. So wie aber und so weit solche das Eigenthum beschränkende Rechte Anderer wieder aufhören, tritt das Eigenthum von selbst wieder in seiner Unbegränztheit und Ausschließlichkeit hervor [5].

Uebrigens wird der Begriff des Eigenthums auch auf eine Sachgesammtheit (sog. universitas rerum distantium, §. 48), im Gegensatze

gegen die einzelnen dieselbe bildenden körperlichen Sachen, angewendet; aber von praktischer Bedeutung ist dies wesentlich nur in Ansehung der Vindication derselben[6].

Anm. [1] Schmid Handbuch Bd. I. (§. 18. A. 5.) Pagenstecher die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Abth. 1. 2. 3. 1857..59. [Landsberg die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. Rechts- und dogmengeschichtl. Untersuchung. Leipzig 1883.]

[2] Vgl. a) L. 1. pr. D. de s. p. u. 8. 2. Coelum quod supra id solum intercedit, liberum esse debet. L. 9. eod. L. 8. §. 5. L. 14. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 26. D. de damno inf. 39. 2. L. 1. §. 11. 21. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. L. 21. §. 2. D. quod vi. 43. 24. In opere novo tam soli quam coeli mensura facienda est. L. 22. §. 4. eod. b) L. 13. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. L. 7. §. 13. 14. L. 8. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 26. cit. L. 1. §. 12. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. Also richtig verstanden kein „Märchen von der Luftsäule" (Gesterding Ausbeute von Nachforschungen III. S. 447 fg.). Gegen die ungegründeten Einwendungen von Werenberg in d. dogm. Jahrb. VI. S. 16 fg. vgl. daselbst Ihering S. 85 fg. und Hesse S. 391 fg. Windscheid §. 168. A. 2. [Voigt die XII. Tafeln II. S. 617 fg.]

[2a Vgl. Glück VIII. §. 576. Gesterding L. v. Eigenthum 1817. §. 1..3. Dazu Brinz 2. Aufl. §. 130.]

[3] L. 25. pr. D. de V. S. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars sed servitutis (*Hal.* servitus) sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius.

[4] Auf das Eigenthum findet analog dasselbe Anwendung, was L. 4. pr. D. de statu hom. 1. 5. in der Definition der Freiheit andeutet: Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid (vi aut) iure prohibetur. So erkennt auch Antoninus Pius in einem bekannten Rescript an: dominorum potestatem in servos suos illibatam esse, indem er doch zugleich gegen unsittlichen Mißbrauch dieser Gewalt den Sklaven obrigkeitlichen Schutz verheißt, wie heutige Gesetze die Thierquälerei verbieten und mit Strafe bedrohen. §. 5. J. de his qui sui v. al. iur. 1. 8. Uebrigens sind der Versuche, Begriff und Wesen des Eigenthums zu bestimmen, gar manchfaltige und vergebliche gemacht worden. Vgl. Böcking Inst. II. §. 134., Wirth Beitr. z. Systematik d. röm. Civ.R. 1856. S. 28 fg., Pagenstecher a. a. O. I. S. 3 fg., Leist über die Natur des Eigenthums (civ. Studien III.). 1859. (Vrbr. krit. Vjschr. I. S. 294 fg. Schletter's Jahrb. VI. S. 1 fg.; gegen diese wieder Leist Naturalis ratio und Natur der Sache. 1860.), Girtanner „die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff" in d. dogmat. Jahrb. III. 2. Nach Böcking liegt das Wesen des Eigenthums „in der Abstractheit und der mannichfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjects über die körperliche Sache als bloßen und total als [sic] Gegenstand des Willens jenes": Wirth bezeichnet es als ein Pertinenzverhältniß der Sache zur Person („die Sache .. ist gewissermaßen ein Stück meiner Persönlichkeit, ein verlängertes Ego", S. 39.), Pagenstecher, als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person", Girtanner, als „das Recht an der Bestimmung der Sache", die ist „in dem rechtlichen Willen als bloßes Object rein aufzugehen", nach Leist aber, dem der Grund

des Eigenthums die Arbeit ist [vgl. auch Kohler in d. dogm. Jahrb. XVIII. S. 226 fg.] wird im Eigenthum die Sache mit der Person „identificirt" oder dem Subject „substantiirt" und „geht im Individuum auf", ist materiell und definitiv mit der Person „zusammengeschlossen", „vom Individuum vollständig assimilirt", die Substanz gleichsam „absorbirt", u. s. w. Durch solche Redefiguren wird das Wesen des Eigenthums wohl kaum zu besserem Verständniß gebracht; man muß doch zurückgehen auf den ursprünglichen und Grundbegriff des Eigenthums, als einer eigentlich schrankenlosen rechtlichen Herrschaft über die Sache, die jedoch bestimmte Einschränkungen erleiden kann. [Während bei anderen Rechten die Schranke der durch sie gewährten Herrschaft in ihrem eigenen Wesen liegt, kommen die Einschränkungen hier von außen. Das Eigenthum ist also nicht wesentlich unbeschränkt, aber es ist nicht wesentlich beschränkt. Vgl. jetzt auch Leist civ. Stud. IV. S. 165 fg. N. 2. Wächter Pand. §. 118: „Eigenthum ist die unmittelbare rechtliche Herrschaft über eine Sache, also dasjenige dingliche Recht, vermöge dessen Jemandem die rechtliche Herrschaft über eine Sache . . . oder über einen Theil einer Sache zusteht, und zwar die (unmittelbare) rechtliche Herrschaft überhaupt, nicht bloß, wie bei den iura in re, eine Herrschaft in gewissen Beziehungen."] So auch Windscheid §. 167. „Eigenthum bezeichnet, daß Jemandem eine (körperliche) Sache eigen ist, und zwar nach dem Rechte eigen ist; . . . daß aber Jemandem eine Sache eigen ist, will sagen, daß sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesammtheit ihrer Beziehungen. Dieß zeigt sich nach einer doppelten Richtung: 1) der Eigenthümer darf über die Sache verfügen wie er will; 2) ein Anderer darf gegen seinen Willen über die Sache nicht verfügen." Wenn der Vf. weiterhin besonders betont, daß das Eigenthum nicht die Summe aller an einer Sache denkbaren Rechte, sondern ihre Gesammtheit (in der 2. Aufl. „Einheit") sei, die gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein habe, so daß von diesen eines fehlen könne, ohne daß das Eigenthum aufgehoben sei, so ist doch klar, daß alsdann Nr. 1. oder 2. oder Beides nicht mehr wahr ist, und wenn durch Wegfall solcher Beschränkung das Eigenthum „sogleich wieder seine ganze Fülle zur Geltung bringt", so ist das Eigenthum in seiner ganzen Fülle doch eben die Summe (der Inbegriff, die volle — Gesammtheit) aller in Ansehung der Sache denkbaren rechtlichen Befugnisse. Vgl. auch Vangerow §. 295. A. 1. Bürkel in d. krit. Vjschr. XI. S. 211 fg. Dagegen Windscheid 2. Aufl. §. 167. A. 3. a. E. Das oben Bemerkte „beruht auf Verkennung des Begriffs der Gesammtheit oder, welcher Ausdruck bezeichnender ist, Einheit;" vgl. Aufl. 4. [und 5.] §. 167. „Das E. ist die Fülle des Rechts an der Sache" und dazu A. 2. 5. Brinz 2. Aufl. §. 130. „E. ist die rechtliche Verbindung einer körperlichen Sache mit einer Person", nach Wirth „rechtliches Pertinenzverhältniß . . . folgeweise erst Herrschaft." S. 472. A. 9. [Vgl. noch Thon Rechtsnorm u. subj. R. S. 154 fg. — Samter der Eigenthumsbegriff. 1878 (auch abgedruckt in des Verf. Buch: das Eigenthum in seiner socialen Bedeutung. 1879. S. 1—42, worüber zu vgl. Böhm-Bawerk in der Wiener Ztschr. X. S. 171 fg.) und drbr. Leser in d. Ztschr. f. vergl. R.W. II. S. 145 fg., und Baron in d. krit. Vjschr. XXI. S. 280 fg. — Laveleye das Ureigenthum, hgg. und vervollständigt v. K. Bücher, 1879. („zweifellos die bedeutendste Erscheinung, welche die rechtsvergleichende Wissenschaft der neueren Zeit hervorgebracht hat" Kohler in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 24.) L. Felix Entwicklungsgeschichte des Eigenthums. I. Der Einfluß der Natur auf die Entw. des Eig. 1883. Dargun Ursprung und Entwicklungsgeschichte des Eigenthums, in d. Ztschr. f. vergl. R.W. V. 1. S. 1 . . 115.]

5 §. 4. J. de usufr. 2. 4. Quum autem finitus fuerit usufructus, rever-

titur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. L. 3. §. 1. 2. D. de usufr. accresc. 7. 2.... usumfructum ad proprietatem redire. L. 3. pr. Cod. de usufr. 3. 33... ad p. regredi. Pauli sentt. III. 6. §. 28. Ususfructus amissus ad proprietatem recurrit. L. 9. §. 2. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. Non autem solius eius, ad quem ius aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, etsi dominus uti ea aqua non possit, quia recidere ius solidum ad eum potest. Daher spricht man von einem „ius recadentiae", „Heimfallsrecht", Böcking Inst. §. 134. A. 27., und von „Elasticität des Eigenthums." Pagenstecher I. S. 7. Vgl. Randa Besitz 3. Aufl. S. 23 fg.: „das Eigenthum ist die begrifflich unbeschränkte rechtliche Herrschaft über die Sache .. ein absolutes Recht .. in dem eminenten Sinne, daß es begrifflich jeder Beziehung auf fremdes Recht entbehrt. Der Begriff desselben wird durch eine .. Beschränkung durch das Recht eines Andern nicht aufgehoben, da .. immer die Möglichkeit offen steht, daß mit dem Aufhören des beschränkenden Rechts das Eigenthumsrecht seinen ursprünglichen Umfang wieder gewinnt." Simmerthal das Eigenthum im Conflicte mit den übrigen Gebilden des Sachenrechts. 1874. (vrbr. Czyhlarz in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 47.).

6 Ausdrücklich ist in den Quellen von Eigenthum die Rede in Beziehung auf eine Heerde (L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. de rei vind. 6. 1.). Girtanner a. a. O. S. 95 fg. 189 fg. Windscheid §. 137. A. 4. Vgl. aber dagegen Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 216 fg. S. 220. „Das sog. dominium gregis steckt für uns ganz hinter der vindicatio gregis, denn eine andere Rechtswirkung desselben bezeugen uns die Quellen nicht." Vgl. A. Pernice in d. krit. Vjschr. VII. S. 117 fg. Unger Eigenthum an d. Gesammtsache, in d. dogm. Jahrb. XII. 8. Windscheid 4. Aufl. §. 137. A. 6..8. Brinz 2. Aufl. §. 130. a. E. §. 144. §. 168. A. 6..21a. [Zróbłowski II. S. 35. 66 fg.]

## B. Beschränkungen des Eigenthums.

### §. 131.

#### 1) Rücksichtlich der Verfügung über die Sache.

Eine Beschränkung des Eigenthums kann entweder die positive oder die negative Seite des Eigenthums betreffen, indem der Eigenthümer entweder eine Verfügung über die Sache, die ihm kraft des unbeschränkten Rechts zustände, sich versagen oder von Seiten Andrer etwas dulden muß, was er sonst verwehren könnte. Sie kann entweder durch ein besonders erworbenes Recht einer andern Person begründet sein (§. 126), oder auf einer Rechtsvorschrift beruhen, welche den Umfang der Eigenthumsbefugnisse im Allgemeinen beschränkt. Beschränkungen der letzten Art sind aus rechtspolitischen Gründen, namentlich in Beziehung auf das Grundeigenthum, und zwar vorzüglich im Interesse nachbarlicher Grundbesitzer, manche eingeführt[1]. Man pflegt diese als gesetzliche Dienstbarkeiten (Legalservituten) zu bezeichnen

und den Inbegriff der betreffenden Rechtsvorschriften das Nachbarrecht zu nennen[2].

Anm. [1] Gesetzliche Beschränkungen des Eigenthums [vgl. über diesen Begriff Burckhard d. a. aquae pluv. arc. (Forts. v. Glück) 1881. S. 121 fg.] sind folgende: [A.] Der Grundeigenthümer muß 1) das Ueberhängen von Baumzweigen, 15 Fuß hoch vom Boden, dulden, jedoch nicht auf ein Gebäude, Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. cf. L. 1. Cod. de interd. 8. 1.; 2) dem Nachbar gestatten, je den dritten Tag übergefallene Früchte abzuholen, Dig. de glande legenda 43. 28.; 3) von dem Nachbargrundstücke aus den nicht ungewöhnlich beschwerlichen Rauch u. dgl. L. 8. §. 5..7. D. si serv. vind. 8. 5., und 4) die Ausweichung der Wand des Nachbarn unter einem halben Fuß dulden, L. 17. pr. D. l. c.; auch 5) nöthigenfalls, gegen billige Entschädigung, einen Weg über sein Grundstück einräumen (Nothweg), arg. l. 14. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 12. pr. D. de religiosis. 11. 7., so wie zu öffentlichem Wege den erforderlichen Platz hergeben, l. 14. §. 1. cit., und bezüglich des an einen öffentlichen Fluß gränzenden Grundstückes dulden, was das Interesse des Verkehrs auf dem Flusse fordert, §. 4. J. de rer. div. 2. 1.; ferner 6) Nachgrabungen nach erst zu entdeckenden Metallen oder Steinen u. dgl., ohne Beschädigung der Oberfläche, gegen Abgabe von 1/10 des Gewinns, gestatten. L. 3. 6. Cod. de metallariis. 11. 7 (6). cf. L. 13. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. [B.] Sodann darf er nicht 7) dem zur Reinigung des Getreides bestimmten Platze des Nachbarn die Zugluft verbauen, L. 14. §. 1. Cod. de servit. 3. 34., noch auch 8) den natürlichen Ablauf des Regenwassers zum Schaden des benachbarten Grundstücks ändern oder hemmen, Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae (actione). 39. 3., und [C.] kann endlich 9) angehalten werden, dem Nachbar Gefahr drohende Gebäude oder dgl. im erforderlichen Stande zu erhalten oder andere gefährliche Anlagen zu beseitigen. Dig. de damno infecto. 39. 2. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Außerdem kann der Eigenthümer der in Gebäude oder Weinberge verwendeten Materialien nicht deren Trennung verlangen, wofür ihm aber ein Anspruch auf Ersatz des doppelten Werthes gegeben ist. Dig. de tigno iuncto. 47. 3. Ueber diese und andere (antiquirte) Beschränkungen des Eigenthums vgl. Dirksen in der Zeitschr. f. gesch. Rtsw. II. 16. Puchta Curs. der Inst. II. §. 231. Böcking Pand. II. §. 6. 10. Inst. II. §. 140. Pagenstecher I. S. 103 fg. Bekker im Jahrb. V. 10. Werenberg, Ihering und Hesse in d. dogm. Jahrb. VI. 1. 2. 9., sodann Windscheid §. 169. Vangerow 7. Aufl. §. 297. 298. Brinz 2. Aufl. §. 182. 188. [Wächter §. 119. Voigt die XII Tafeln II. S. 619 fg., 631 fg. F. Freund die gesetzl. Beschränkungen des Grundeig. im R. R. 1883. Wendt (s. §. 129. A. 1.) S. 120 fg. — Von neueren Reichsgesetzen vgl. z. B. die Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869 §. 16 fg. 26., (s. unten §. 169. A. 2.) Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches v. 28. Oct. 1871 §. 17., Gesetz, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, v. 21. Dec. 1871. Dazu Mandry Reichsges. S. 258 fg., 267 fg. (2. Aufl. S. 359 fg., 369 fg.)] — Partikularrechtlich gibt es darüber noch manche andere und abweichende Bestimmungen. Roth bayer. Civilrt. §. 121 fg.

[2] Darüber insbesondere Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn. 2 Bde. 1859. 1862. [2. Aufl. 1880. Mages über Nachbarrecht. 1871. Freund a. a. O. Ueber und gegen den verfehlten Ausdruck „Legalservitut" vgl. Windscheid §. 169. A. 2.]

## §. 132.

### 2) Rücksichtlich der Verfügung über das Recht[1].

Der Eigenthümer ist der Regel nach auch befugt, sowohl das Eigenthum im Ganzen einem Andern zu übertragen, als auch das Eigenthum nur beschränkende dingliche Rechte Andern einzuräumen. In dieser Beziehung kann aber derselbe durch Veräußerungsverbote beschränkt sein[a], entweder gesetzliche, oder richterliche, oder auf einer Privatdisposition (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) beruhende[b]. Die Veräußerung gegen ein gesetzliches[c] oder rechtsgültiges richterliches Verbot[d] ist nichtig[2], hindert also den Uebergang des Eigenthums[e], so daß die Sache gegen jeden Besitzer, auch von dem Veräußernden selbst, welchem jedoch nach Umständen doli exceptio entgegensteht[f], vindicirt werden kann[3]. Ein letztwilliges Veräußerungsverbot hat diese Wirkung nicht[g]; jedoch, sofern mit demselben ein Vermächtniß zu Gunsten eines Dritten, welchem durch dieses unmittelbar vom Erblasser ein dingliches Recht gewährt wird, in Verbindung steht, kann die Veräußerung den Erwerb dieses Rechts nicht beeinträchtigen[4]. Auch die einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbot widerstreitende Veräußerung ist niemals[5] nichtig[h], obwohl sie kraft einer mit jenem verbundenen auflösenden Bedingung (§. 128) vereitelt werden kann[6]; sie begründet sonst nur eine persönliche Klage gegen den Veräußerer, sei es auf Rückgabe[i], oder auf das Interesse[k], oder auf Zahlung einer verabredeten Strafe[l]. Uebrigens trifft auch das gesetzliche Verbot nicht die Veräußerung, welche, unabhängig von der Willkür des Eigenthümers oder seines Stellvertreters, kraft selbständigen Rechts eines Dritten herbeigeführt wird[m].

Anm. [1] Vgl. Lauk in Linde's Ztschr. V. 1. Schmid Hdb. §. 4. Bachofen ausgewählte Lehren, Nr. II...VI. Böcking Inst. II. §. 158. Pagenstecher a. a. O. I. S. 58 fg. Heimbach im Rtslex. XII. S. 101..111. Windscheid 5. Aufl. §. 172a. Brinz 2. Aufl. §. 134. [F. Schröder Z. Lehre v. d. gesetzlichen Veräußerungsverboten. 1875. Drbr. Kohler in d. krit. Vjschr. XIX. S. 143 fg. Vgl. Kohler Ges. Abh. S. 224 fg. Thon Rechtsnorm und subj. Recht. S. 325 fg. Dazu aber Bekker in der Ztschr. f. vgl. R.W. II. S. 21 fg. Wächter §. 120.]

[a] Inst. quibus alienare licet vel non. 2. 8. Cod. de rebus alienis non alienandis et de prohibita rerum alienatione vel hypotheca. 4. 51. cf. L. 28. D. de V. S. [b] L. 7. Cod. l. c. cf. L. 5 (4). Cod. de litig. 8. 36 (37). (§. 113. A. 4. h.) Dig. de fundo dotali. 23. 5. de rebus eorum. 27. 9. [c] L. 5. D. l. c. 27. 9. L. 16. D. de fundo dotali. [d] arg. L. 12. D. de usurp. et usucap. 41. 3. L. 7. §. 5. D. pro emt. 41. 4. cf. L. 8. in f. D. de pollicitat. 50. 12. [e] L. 3. 11. 15. Cod. de praediis. 5. 71. [f] L. 10. 13. D. l. c. 27. 9. L. 10. 14. 16. Cod. l. c. 5. 71. L. 17. D. de evict. 21. 2. [g] L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 1. 3. §. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. [h] L. 61. D. de pactis. 2. 14. [i] L. 3. Cod. de cond. ob causam dat. 4. 6. [k] L. 75. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emt. 19. 1. L. ult. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. L. 135. §. 3. D. de V. O. 45. 1. [l] L. 11. D. de relig. 11. 7. [m] L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5. L. 3. §. 1. L. 7. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9. L. 13. D. fam. erc. 10. 2.

[2] Manche wollen richterliche Veräußerungsverbote nicht als eine eigene Art derselben anerkennen. Lauk a. a. O. S. 3. Böcking §. 158. A. 5. Brinz 1. Aufl. S. 190. Dagegen Pagenstecher S. 68 fg. Ein gesetzwidriges richterliches Veräußerungsverbot freilich, weil selbst nichtig, kann auch nicht Nichtigkeit der Veräußerung bewirken; gesetzwidrig aber wäre auch dasjenige, welches der Richter auf Begehren einer Partei erläßt, die bloß einen persönlichen Anspruch für den Fall geschehener Veräußerung, oder nicht einmal diesen, erheben könnte (not. h..l.) [Concurs O. v. 10. Febr. 1877. §. 98: „Das Gericht... kann... ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlassen. Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht", so können Pfand- und Hypothekenrechte seither im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Concursgläubiger erworben oder eingetragen werden. — Civ.Pr.O. §. 810: „..Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen.. durch Pfändung.. begründet ein Pfandrecht..." (nicht Nichtigkeit einer trotz der Arrestanlage vorgenommenen Veräußerung.)]

[3] Darüber insbesondere vgl., gegen Lauk S. 9., Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 180 fg. Vangerow §. 299. unter 1. 2. Windscheid §. 172 a. A. 2.

[4] Vgl. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Vermächtnissen. 1854. mit Fitting Begriff der Rückziehung S. 33. 106 fg. und oben §. 128. Vgl. noch Fitting im civ. Arch. LI. S. 270 fg., dagegen Windscheid 4. Aufl. §. 172 a. A. 5. Brinz 2. Aufl. §. 134. A. 11 fg.

[5] Eine Ausnahme von der regelmäßigen Wirkung eines vertragsmäßigen Veräußerungsverbotes hat man zu finden geglaubt in L. 7. §. 2. D. de distr. pign. 20. 5. Die Stelle lautet nach der gewöhnlichen Lesart: „Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit? et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque veniri possit? Et certum est, nullam esse venditionem, ut pactioni stetur": womit auch übereinstimmt in den Basil. XXV. 7. c. 7. §. 2. *Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.* (Heimb. III. p. 85.) Nach Accursius lautete eine andere handschriftliche Lesart: *nullam esse pactionem* oder *conventionem, ut venditioni stetur*. Im Vordersatze aber hat schon Janus a Costa ad §. 1. J. l. c. emendirt: *si pactum sit a debitore*, *ne liceat creditori h. v.*, und diese Lesart wird als die allein haltbare vertheidigt von Puchta in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. 6. (kl. Schr. Nr. 38.) Inst. II. §. 241. not. l. (8. Aufl. S. 218). Dagegen wieder Sintenis §. 38. A. 16., übereinstimmend mit Vangerow §. 299. S. 551. u. a., gegen diese aber Schmid S. 41. A. 22. und vorzüglich Böcking §. 158. *ά..ν'.* Mommsen schlägt vor nach *nullam esse* einzuschieben *nec impediendam esse*. [Dagegen Bekker in d. dogm. Jahrb. XII. S. 83. Note 7. — Vgl. auch Landsberg die Glosse des Accursius S. 137 fg.] Pagenstecher S. 62. aber glaubt durch eine Auslegung zu helfen, welche allerdings nicht der Rechtsconsequenz, auch nicht absolut dem handschriftlichen (florentinischen) Text widerstrebt, aber doch nicht so nahe zu liegen als neu zu sein scheint, indem er den Vertrag mit dem Schuldner so deutet, „daß es diesem nicht freistehen solle, Distraction eines Pfandes — durch einen Dritten, Schuldner jenes Schuldners, dem Letztern bestellt — vorzunehmen", also eine Afterverpfändung „in eigenthümlichen Ausdrücken" darin findet. Dagegen Vangerow a. a. O. [Gegen beide und für die Erklärung Puchta's neuestens Wächter a. a. O. S. 21. Nr. III.] — Particularrechtlich kann das Veräußerungsverbot (Dispositionsbeschränkung) durch Eintrag im Hypothekenbuche dinglich wirksam werden. Seuffert's Arch. I. 176.

6 Bestritten wird dies von Böcking a. a. O., wie mir scheint, aus ungenügenden Gründen. Vangerow I. S. 552.

## §. 133.
## C. Miteigenthum.

Das Eigenthum kann seinem Begriff nach (§. 130) nicht gleichzeitig Mehreren an derselben Sache ungetheilt zustehen: duorum in solidum dominium esse non potest[a]. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß eine Sache gleichzeitig nach intellectuellen Theilen im Eigenthum mehrerer Personen sich befinde, res plurium communis *pro partibus indivisis* sei[b]. Dies ist gemeinschaftliches Eigenthum oder Miteigenthum (condominium), zu unterscheiden von dem Eigenthum verschiedener Personen an körperlich bestimmten oder reellen Theilen (partes pro diviso) einer Sache[c], wie von dem Eigenthum einer juristischen Person, die eben nur ein Eigenthümer ist[d]. Ueber die gemeinsame Sache selbst oder irgend einen reellen Theil derselben zu verfügen, steht keinem Miteigenthümer allein und ausschließlich, sondern nur dem vereinten Willen aller Miteigenthümer zu[e], unter denen sich aus diesem Verhältniß gegenseitige obligatorische Rechtsansprüche ergeben können[f]. Doch ist jeder von ihnen befugt, zur Erhaltung der gemeinsamen Sache, nöthigenfalls auch ohne Zustimmung der übrigen, das Erforderliche vorzukehren, und kann von diesen für angemessene Verwendung zu jenem Zweck verhältnißmäßigen Ersatz fordern, dessen Nichtleistung, im Fall nothwendiger Ausbesserung eines gemeinsamen Gebäudes, nach einer Frist von vier Monaten sogar zur Folge haben soll, daß jener auch die Eigenthumsantheile der säumigen Miteigenthümer erwirbt[g]. Dagegen kann jeder Miteigenthümer selbständig über das Recht seines Theileigenthums verfügen[h], wie der einzige Eigenthümer über das Eigenthum der ganzen Sache (§. 132), jedoch nicht einseitig ein untheilbares dingliches Recht an der Sache einem Dritten einräumen, als welches auch die Antheile der Miteigenthümer betreffen würde[i].

Anm. Eine neue „Theorie des Miteigenthums" stellt Girtanner auf in d. dogmat. Jahrb. III. S. 239..271. Da nach ihm das Eigenthum das Recht an der Bestimmung der Sache ist (§. 130. A. 4.), „die Bestimmung der Sache aber ist: Mittel zu sein

[a] L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. [b] L. 5. D. de stip. serv. 45. 3. (§. 53.) [c] L. 25. §. 1. D. de V. S. [d] §. 6. J. de rer. div. 2. 1. L. 6. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. [e] L. 11. D. si serv. vind. 8. 5. L. 8. 27. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 28. D. comm. div. 10. 3. [f] L. 26. D. de s. p. u. 8. 2. Dig. communi dividundo. 10. 3. [§. 320.] [g] L. 4. §. 3. D. l. c. L. 52. §. 10. D. pro socio. 17. 2. L. 4. Cod. de aedificiis. 8. 10. [h] Cod. de communium rerum alienatione. 4. 52. L. un. Cod. si communis res pignorata sit. 8. 20 (21). [i] L. 2. D. de servit. 8. 1. cf. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. 35. 2.

für die Zwecke, für den Willen der Person", und man mit Rücksicht darauf vom Werthe der Sache spricht, so hat, wenn die Sache im Miteigenthum befindlich ist, jeder Miteigenthümer „ein Recht an einem Theil, einer Quote des Werths in ihrer sachlichen Bestimmung; diese, als in dem körperlichen Ganzen enthalten, bildet das Object des Miteigenthums, d. h. des Rechts, das dem einzelnen Miteigenthümer zusteht." Auch Windscheid §. 169 a. sieht nur den Werth [den „wirthschaftlichen Nutzen"] der Sache als getheilt an (vgl. oben §. 53. A. 5.), aber er verwahrt sich dagegen, daß das Miteigenthum zum Gegenstand nur die Quote des Werths habe (A. 7.; [4. und 5. Aufl. §. 142. A. 10.]), charakterisirt jenes vielmehr richtig dahin, „daß das Eigenthumsrecht den mehrern Eigenthümern in der Weise gemeinschaftlich ist, daß es nur durch den übereinstimmenden Willen aller in Bewegung gesetzt werden kann". Vgl. Hesse zur Lehre vom Miteigenthum und der Communio, im praktischen Arch. n. F. IV. 4. Die Bedenken, welche hier S. 138 fg. gegen den Satz dieses §. vor not. g. erhoben werden, erledigen sich, wenn den Worten „nöthigenfalls" und „angemessene Verwendung" das gebührende Gewicht beigelegt wird. Vgl. §. 320. Windscheid §. 169 a. A. 4. [Des Letzteren Auffassung hat „einen energischen Vertreter" gefunden in] Steinlechner Wesen der Juris Communio I. Abth. S. 94 fg. [und II. Abth.: „das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen". 1878. drbr. Eck in d. krit. Vjschr. XXI. S. 118 fg. und Regelsberger in d. Wien. Zeitschr. VI. S. 742 fg. Verwandt auch die Darstellung von] Brinz 2. Aufl. §. 131. [S. 478: „Diese partes pro indiviso . . sind . . überhaupt keine Theile, weder der Sache, noch des Rechts oder Rechtsinhalts, noch des Werthes; wohl aber Theile, nach denen sich die Partner im Gebrauch und Fruchtbezug, in Auslagen und Einnahmen richten und nach denen dereinst sie selbst oder Dritte anstatt ihrer die Sache wirklich theilen oder sonst auseinandersetzen sollen, die somit in Wahrheit . . keinen Theil der Sache, wohl aber den Antheil bedeuten, den jeder an der Sache hat . . ." Kohler Ges. Abh. S. 199: Die Sache ist „getheilt nach ihrer wirthschaftlichen Nutzkraft."] vgl. Göppert Beitr. z. L. v. Miteigenthum nach d. preuß. allg. Ldrt. 1864. Dernburg preuß. Privatr. I. §. 222 fg. [Eisele im civ. Arch. LXIII. 2. Kohler dogm. Jahrb. XVIII. S. 377 fg. Schey in der Wiener Ztschr. VIII. S. 131 fg. Zródłowski II. S. 188 fg. Wächter II. §. 121: bes. Beilage. Rümelin die Theilung der Rechte. 1883. S. 88 fg. Wendt in d. dogm. Jahrb. XXI. S. 171 fg.] Ueber „die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern" handelt eine besondere Schrift von Ruete 1843. [Vgl. Kohler Ges. Abh. S. 167 fg.]; über die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln vgl. Stölzel im prakt. Arch. n. F. IV. 1.

## §. 134.

## D. Arten des Eigenthums.

Mit Rücksicht auf §. 128 pflegt man widerrufliches und unwiderrufliches Eigenthum (dom. revocabile und irrevocabile), mit Rücksicht auf §§. 126. 131. 132. beschränktes und unbeschränktes (dom. limitatum und illimitatum) zu unterscheiden. Eine im ältern römischen Recht wichtige Unterscheidung zwischen streng römischem (quiritischem) und sog. bonitarischem Eigenthum ist im Justinianischen Recht

beseitigt[a]. Eine in der neuern Rechtswissenschaft üblich gewordene Unterscheidung zwischen dominium *directum* und dominium *utile* ist wenigstens im römischen Recht nicht begründet.

Anm. Ein sog. dominium utile nahmen die Glossatoren 1) in gewissen Fällen an, in welchen nach Justinianischem Recht volles wahres Eigenthum stattfindet, wenn gleich nach älterem Recht nur eine utilis rei vindicatio gegeben war, 2) in andern Fällen, beim Emphyteuta und Superficiar, wo in der That nur ein ius in re aliena vorliegt. In den Fällen der letzten Art stellten sie dem dominium utile das übrig bleibende Recht des wahren Eigenthümers als dominium directum gegenüber, welches letzte dann aber zugleich wieder ein dominium utile im ersten Sinn sein könnte. Dieser Gegensatz wurde dann auch auf verwandte Verhältnisse des neueren Rechts angewendet. [Vgl. Landsberg die Glosse des Accursius. S. 97 fg. 322 fg.] Daß nun aber derselbe im römischen Recht keinen Grund hat, ist jetzt allgemein anerkannt, nach Thibaut Versuche II. 3. Aber auch in Anwendung auf deutschrechtliche Verhältnisse ist das sog. dominium utile (Nutzeigenthum), im Gegensatz von dominium directum (Obereigenthum) ein Begriff von sehr problematischem Inhalt. Vgl. Böcking Inst. II. §. 139. o..r. Pagenstecher I. S. 8 fg. Dasselbe gilt von dem deutschrechtlichen Begriff des Gesammteigenthums, welches eine Art von dominium plurium in solidum (§. 133.) sein soll. Vgl. Duncker in d. Zeitschr. für deutsches Recht II. S. 177 fg. Arndts in d. krit. Jahrb. XI. S. 813. (civ. Schr. III. S. 362 fg.) Schmid Hdb. I. S. 3. 15..17. A. 6. II. S. 3. A. 8. S. 58. A. 3. S. 88. 117. Puchta §. 146. Windscheid 5. Aufl. §. 169 a. A. 8..9. Randa Besitz S. 14 fg. [3. Aufl. S. 22 fg. Wächter §. 121. 163.]

## II. Eigenthumsbesitz.

### §. 135.

### A. Begriff und rechtliche Bedeutung des Besitzes.

Das dem Eigenthum als dem Rechte der Herrschaft über eine Sache entsprechende thatsächliche Verhältniß einer Person zu einer Sache heißt Besitz, possessio, Besitz der Sache, corporis possessio, Eigenthumsbesitz[a]. Das normale Verhältniß ist, daß, wer besitzt, auch dem Rechte nach Eigenthümer sei; der Eigenthümer hat das Recht zu besitzen; der Besitz ist thatsächliche Ausübung des Eigenthums[1]. Aber es ist möglich, daß derjenige, welcher so thatsächlich als Eigenthümer einer Sache erscheint, dem Rechte nach wirklich nicht Eigenthümer, oder doch, ob er Eigenthümer sei, nicht ausgemacht ist. Da ist es nun von großer praktischer Wichtigkeit, daß jenes thatsächliche Verhältniß schon als solches, ohne Frage nach dem Eigenthumsrecht, eines rechtlichen Schutzes gegen eigenmächtige Störung oder Entziehung genießt. Durch das prä-

[a L. un. Cod. de nudo ex iure Quir. toll. 7. 25.]

a Dig. de acquirenda vel amittenda possessione. 41. 2. Cod. de acquirenda et retinenda possessione. 7. 32.

torische Recht waren zu diesem Zweck eigene Klagen (Interdicte) eingeführt[b]. Dadurch ist der Besitz der Sache, obwohl an sich nur eine Thatsache[c], unabhängig vom Eigenthum zu einem bedeutenden vermögensrechtlichen Verhältniß erhoben[d] [1a], wichtig für jeden, weil er nur dem im Rechtswege gegen ihn geltend gemachten Eigenthum zu weichen braucht, wichtig auch für den wahren Eigenthümer, weil er, im Besitze geschützt, nicht erst durch den oft schwierigen Beweis seines Rechts sich die wirkliche Herrschaft über seine Sache zu erkämpfen braucht[2]. Rechtliche Bedeutung hat der Besitz der Sache zudem dadurch, daß er unter gewissen Voraussetzungen durch eine bestimmte Dauer selbst zum Erwerbe des Eigenthums für den besitzenden Nichteigenthümer führen kann[e], während unter andern Voraussetzungen durch Erlangung des Besitzes zugleich der Eigenthumserwerb sofort vollendet wird[f]. Darum ist es denn eine juristisch wichtige Frage, wann Besitz einer Sache als vorhanden anzunehmen sei? wie derselbe erlangt und verloren werde?

Der Begriff des Besitzes nun ist ursprünglich ausgegangen von der Vorstellung eines solchen äußeren Verhältnisses einer Person zu einer Sache, wornach jene thatsächlich diese in ihrer Gewalt hat und über dieselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen in der Lage ist[3], verbunden mit dem Willen, sie im Ganzen wie ein Eigenthümer für sich zu haben und zu beherrschen[g], wenn auch ohne die Meinung, wirklich Eigenthümer und somit dazu berechtigt zu sein[4]. Wie aber dem an sich blos thatsächlichen Verhältniß wichtige Rechtswirkungen beigelegt worden, so konnte nicht jene unmittelbare natürliche Herrschaft über die Sache als wesentliches Moment für dessen Dasein festgehalten werden, sondern wird darauf Gewicht gelegt, ob Jemand thatsächlich in solcher Beziehung zur Sache stehe, wie sich der Eigenthümer, dem nicht fremder Eingriff oder sonst ein natürliches Hinderniß in den Weg tritt, zu der Sache zu verhalten pflegt[5], und begreiflich ferner ist es, daß auch Rechtsbestimmungen darauf Einfluß haben, ob und wann jene Rechtswirkungen statthaben, daß unter Umständen aus Rechtsgründen die Besitzvortheile nicht gewährt werden, also juristisch Besitz nicht anerkannt wird, wo doch ein thatsächliches Fürsichhabenwollen vorhanden ist, daß umgekehrt, wo es an diesem natürlicher Weise fehlt, gleichwohl die Besitzvortheile gewährt werden, oder juristisch Besitz angenommen wird[6]. Wenn aber

[b] §. 3..6. J. de interdictis. 4. 15. [c] L. 1. §. 4. D. h. t. [d] L. 2. D. uti possid. 43. 17. L. 44. pr. D. h. t. L. 2. §. 38. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 5. §. 1. D. ad leg. Jul. de vi publ. 48. 6. L. 5. §. 2. (L. 5. i. f.) Cod. de lib. causa. 7. 16. cf. L. 10. Cod. h. t. [e] Dig. de usurp. et usucap. 41. 3. [f] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 3. sqq. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. [g] L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. cf. Theophil. ad §. 4. J. 2. 9. ad §. 2. J. 3. 29. Basil. 50. 2. cap. 61. Harmenopul. 2. 1. §. 2.

Jemand jenes äußere Verhältniß zur Sache nicht mit dem Willen, diese ganz gleich dem Eigenthümer für sich zu haben, behauptet, sondern nur ein sich selbst beschränkender Wille damit sich verbindet, welcher den Eigenthumswillen einer andern Person zuläßt und anerkennt, sei es nun, daß er die Herrschaft über die Sache nur für den Anderen oder doch zugleich auch in gewisser Beziehung in eigenem Interesse ausüben will, so ist er nicht Eigenthumsbesitzer, Besitzer der Sache im engeren und eigentlichen Sinn, sondern nur Inhaber derselben, er detinirt die Sache nur im Namen eines Anderen, der durch ihn besitzt[h]; und ein solcher Inhaber genießt nach römischem Recht regelmäßig nicht des rechtlichen Schutzes, welcher dem Eigenthumsbesitz im eigenen Namen verliehen ist. Man pflegt daher den letzten als juristischen Besitz in Gegensatz zu stellen gegen jenes Verhältniß des Inhabers einer Sache (Detention oder Detentation), das wohl auch im weiteren Sinn Besitz genannt wird[7]. Jedoch ist in einigen Fällen einem bloßen Inhaber, der nicht Eigenthumswillen hat, nämlich dem Pfandgläubiger[i], dem Sequester[k], und dem Precaristen[l], anstatt derjenigen, in deren Namen sie besitzen, der Rechtschutz verliehen, der regelmäßig nur mit dem Eigenthumsbesitz verbunden ist. Darin liegt eine Uebertragung des Besitzrechtes von dem eigentlichen Besitzer auf diese Personen, weshalb dieser Besitz nicht unpassend abgeleiteter juristischer Besitz genannt wird[8].

Anm. [1] Den Besitz der Sache Ausübung des Eigenthums zu nennen, ist unbedenklich, wenn das Analogon des Sachbesitzes, der Rechtsbesitz (§. 129.), in thatsächlicher Ausübung eines anderen dinglichen Rechts gefunden wird. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 371. (civ. Schr. I. S. 279). Mit Recht aber sagt Windscheid §. 149. A. 5., man solle den Besitz nicht die Ausübung des Eigenthums nennen — es gibt überhaupt nichts, was man im vollen Sinne die (ganze) Ausübung des Eigenthums nennen könnte — und treffend bezeichnet derselbe den Besitz als „das thatsächliche Abbild des Eigenthums". Diese Auffassung ist jetzt scharf ausgeprägt und durchgeführt von Ihering über den Grund des Besitzesschutzes. S. 46 fg. 179 fg.; er nennt den Besitz „die Thatsächlichkeit des Eigenthums", „thatsächliches Bestehen des Eigenthums". [Neuestens lehrt Cosack der Besitz des Erben. 1877., Besitz sei „das thatsächliche Verhältniß (einer) Person zu einer bestimmten Sache, kraft dessen diese ihrer Herrschaft unterworfen werden kann". S. 21. Drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XX. S. 155 fg. Ueber die verschiedenen Ansichten referirt Kindel §. 1. Er selbst definirt: B. ist die rechtlich garantirte Möglichkeit körperlicher Herrschaft.]

[1a Ob der Besitz ein „Recht" oder eine bloße „Thatsache" sei, darüber herrscht seit lange unerquicklicher Streit; die Literatur s. bei Windscheid §. 150. A. 1., Randa §. 3. Note 7. — Vgl. auch hier Anm. 6. und §. 129. §. 340. A. 2. — Wendt §. 105 fg. — Daß Dunker S. 226 fg. den Besitz nicht als Recht betrachtet, versteht sich schon

[h] §. 5. J. de interd. 4. 15. [i] L. 1. §. 15. D. h. t. L. 16. D. de usucap. 41. 3. L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. [k] L. 39. D. h. t. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. [l] L. 10. §. 1. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de precario. 43. 26.

darum von selbst, weil nach ihm (S. 263.) „es nur Pflichten und keine Rechte gibt". Für ein Recht erklärt den Besitz neuerdings Kindel §. 4. und spricht sich über den Inhalt desselben in §. 6. aus.]

2 Das letzte hält Ihering a. a. O. für den eigentlichen Zweck und erkennt darin den Grund des Besitzesschutzes. Der Besitz ist ihm „eine Eigenthumsposition", der Schutz des Besitzes als der Thatsächlichkeit des Eigenthums ... „eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt". Römische Ansicht ist dies nicht. [Vgl. auch Wächter II. S. 45 fg.]. Qualiscumque enim possessor, sagt L. 2. D. uti possid. 43. 17., hoc ipso, quod possessor est, plus iuris habet, quam ille, qui non possidet. „Der bereits realisirte Herrschaftswille hat ... als solcher ... den Vorzug vor dem erst nach Realisirung strebenden ..., weil dessen Realisirung nur durch Verdrängung des bereits realisirten Willens möglich . . . und darin eine Verletzung dieses Willens und somit der Person selber in ihrer Freiheit enthalten ist". Bruns in Holtzendorff's Encyklopädie der Rechtsw. I. S. 293. [2. Aufl. S. 357.] Vgl. oben §. 129. A. 2. Der Prätor, welcher zuerst Interdicte zum Schutz des Besitzes erließ, fand sich dazu wohl nicht bewogen durch die legislative Erwägung, daß es dessen zur Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes bedürfe; ein genügendes Motiv war ihm, daß willkürlicher Angriff gegen thatsächliche Herrschaft über eine Sache in der Rechtsordnung nicht zu dulden sei, [Brinz krit. Vjschr. XXIII. S. 402: „Die Gewalt ist etwas, das ganz abgesehen von Recht und Unrecht gebannt werden muß"] und das sprach sich auch in der Fassung der Interdicte aus. Allerdings aber ist jenes praktisch die wichtigste Folge des Besitzesschutzes, und hat sich die Lehre vom Besitz im R. R. auch wesentlich in Beziehung zum Recht des Eigenthums ausgebildet. Brinz 2. Aufl. §. 135. [Ueber den Grund des Besitzesschutzes wurde und wird viel gestritten; s. wegen der verschiedenen Meinungen Ihering S. 3 fg., Randa §. 8., Bruns Besitzklagen §. 26. 27., Windscheid §. 148. A. 6., Meischeider §. 7..11. Duncker S. 150..160. Kindel §. 10. Dernburg (s. §. 129. A. 1.) nimmt die Niebuhr'sche Hypothese wieder auf, daß die possessio am ager publicus der Ausgangspunkt des röm. Besitzrechtes sei. Der altcivile Besitz an privaten Gütern habe gar nicht possessio, sondern usus geheißen. Dagegen Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 8 fg. (des Sep.Abdr.). Vgl. Bekker Rt. d. Bes. S. 15: „Es scheint Regel zu werden, daß man über diese Frage eine eigene Meinung aufstellt, und trotz aller Energie des Denkens und Eleganz des Schreibens derselben auch nicht einen beachtenswerthen Anhänger zu gewinnen vermag". S. 12: „die Frage nach dem sog. philosophischen Grunde des Besitzesschutzes ist einfach zurückzuweisen". Vgl. unten §. 171. A. 1.]

3 Charakteristisch spricht sich dies aus in L. 1. pr. D. h. t. Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt. (Andere Lesarten: *a pedibus? a pedibus pedum q. p.? a pedis sedibus?* Mommsen Dig. II. pag. 502.) Vgl. L. 3. §. 5. eod.: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

4 In L. 21. §. 3. (L. 21. c. m.) Cod. de furt. 6. 2. heißt „domini cogitatione possidere" so viel als „bona fide possidere". In L. 3. §. 7. D. 43. 17. aber wird der bloße Besitzwille durch die Worte „quasi dominus" angedeutet. Man pflegt diesen Willen jetzt durch den Ausdruck: animus domini, animus rem sibi habendi zu bezeichnen. In byzantinischen Rechtsquellen findet sich dafür der treffende Ausdruck ψυχῇ

δεσπόζοντος. So bei Theophilus ad §. 2. J. 3. 29. *Διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὕτη· ὅτι κρατεῖν ἐστι φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν.* So sagt auch [der „Anonymus" d. h.] Julian [s. krit. Jahrb. 1844, S. 804.] „*Κυρίως γὰρ νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή.*" (Zachariae supplem. ad Basil. edit. Heimb. tom. II. pag. 53. sch. 25.) Diesem Ausdruck würde der lateinische „animus dominantis" genauer entsprechen; doch ist auch „animus domini" nicht so verwerflich wie Böcking §. 123. A. 7. behauptet; nur darf man diesen nicht als „die Absicht, jetzt dominus der Sache zu sein" auffassen; nicht der Wille, wie ihn der Eigenthümer hat, der sich das Recht über die Sache beilegt, nicht der Wille, für sich das Eigenthum zu behaupten, sondern nur der Wille thatsächlicher Beherrschung der Sache, wie ihn der Eigenthümer rechtlich haben darf, ist das Charakteristische in dem Besitzwillen. Windscheid §. 149. [Wächter will wohl das nämliche sagen, wenn er erklärt einerseits II. S. 32., man bezeichne den animus possid. „ganz geeignet" mit animus domini; andrerseits (S. 33.) es werde zum Besitz „nicht erfordert der Wille, Eigenthümer zu sein, der animus domini."] Uebrigens ist freilich über das Wesen des Besitzwillens unendlicher Streit. Ueber eine Reihe vergeblicher Versuche, dasselbe anders, als oben geschehen, zu charakterisiren, vgl. Savigny Recht des Besitzes §. 9., welcher mit der Bemerkung schließt (S. 138.): „In allen diesen neueren Schriften ist also viele Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden". Diese Bemerkung findet auch Anwendung auf Schmidt's Abh. über den Willen und die Gränzen der Thätigkeit des Besitzers in Linde's Ztschr. XX. 4 a. S. 112 fg., verglichen mit Böcking a. a. O. A. 4. Vgl. Arndts a. a. O. und Bruns Recht des Besitzes S. 468 fg. Rudorff zu Savigny S. 603. [und jetzt die Ausführungen von Randry im civ. Arch. LXIII. 1. S. 1 fg. Bekker Rt. d. Bes. S. 159 fg. 365. Kohler Pfdr. Forsch. §. 9. Dunker S. 161 fg.]

[5] Darüber vgl. die Ausführung von Ihering a. a. O. in den dogmat. Jahrb. S. 153 fg., in der 2. Aufl. der besonders gedruckten Abh. S. 179 fg. Als bezeichnender kurzer Ausdruck dieser „Thatsächlichkeit des Eigenthums" wird daselbst S. 168., beziehungsweise S. 193 aus L. 2. Cod. h. t. 7. 32. hervorgehoben der Satz: cum ipse proponas te diu in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse.

[6] Vgl. L. 49. pr. §. 1. D. h. t. „quum ... plurimum ex iure possessio mutuetur"; — „possessio non tantum corporis sed et iuris est", mit L. 1. §. 3. 4. eod. „eam enim rem facti non iuris esse", — „res facti infirmari iure civili non potest". Ihering a. a. O. S. 122 fg. oder S. 143 fg., unten §. 137. 138. 142. a. E. 143. [Bekker S. 14. 25 fg., 33 fg., 152 fg., 243 fg., 335 fg., 343 fg., 346, 360 fg. zerlegt den Besitz in Thatbestand und Rechtsfolgen: „possessio als Thatbestand ist res facti; possessio als Summe von Rechtsfolgen ist res iuris". S. 219. (vgl. S. 194 fg. 230. 330.): „Ihre (der röm. Juristen) Doctrin gefällt sich darin, den Besitz als dauernden Zustand zu schildern, während im Rechte selber bereits jedes dauernde Stück aus dem Thatbestande der possessio geschwunden, und das einzige, was durchbleibt, die „possessio" selber, nichts als die Summe gewisser Berechtigungen ist." Vgl. dagegen Brinz krit. Vjschr. XXIII. S. 393 fg. 412 fg. (Hinwieder Bekker in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 19 fg. (des Sep.-Abdr.) Dunker S. 227 fg., bes. gegen die von Bekker behaupteten „Rechtsfolgen" S. 229 fg., der dieses Wort in einem ganz anderen, als dem seit Savigny üblichen, Sinne gebraucht. Er meint damit ungefähr das, was z. B. Kindel „Inhalt" und „Schutz" des „Besitzrechtes" nennt. Gegen Bekker auch Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 347 fg.) S. auch Wächter II. S. 38.]

7 So unterscheidet auch Theophilus a. a. O. κρατεῖν, d. i. tenere, und νέμεσθαι, d. i. possidere, und sagt zu §. 5. J. 4. 15. Νεμόμεθα δὲ ... καὶ δι' ἑτέρων ... ἐποῖός ἐστιν ὁ μισθωσάμενος παρ' ἡμῶν τὸν ἀγρὸν καὶ ὁ ἔνοικος κἀκεῖνος, ᾧ παρεθέμην ἢ ᾧ ἔχρησα τὸ ἐμὸν πρᾶγμα· ἐκείνων γὰρ κατεχόντων φυσικῶς ἐγὼ τῷ νόμῳ νέμομαι. [Vgl. Wächter II. S. 39 fg. — Dem Detentor kann vom Besitzer, für den er innehat, die Sache nöthigenfalls eigenmächtig oder mit possessorischer Klage abgenommen werden. Vgl. auch Wendt dogm. Jahrb. XXI. §. 19 (S. 231 fg.), s. jedoch auch über die Stellung des Miethers S. 237 fg. Dagegen Exner in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 64 fg. — S. §. 143. A. 1. a. E.]

8 Die Bezeichnung „abgeleiteter Besitz“ rührt von Savigny her, der auch zuerst das anomale Wesen dieser Fälle klar entwickelt hat (§. 9. 23 .. 25.) Vgl. Bruns S. 5 .. 17. Viele aber wollen diesen Begriff gar nicht gelten lassen, indem sie entweder den animus domini überall nicht für wesentlich halten [so neuestens Dernburg (s. §. 129. A. 1.) §§. 13. 14. Kindel S. 20 fg. vgl. ebd. S. 417 fg.], oder „einen animus domini herauskünsteln wollen, wo er nicht ist.“ Savigny S. 138. (7. Aufl.). Aber auch unter denen, die den Begriff überhaupt zugeben, ist viel Streit über die Fälle, welche dahin gehören. Manche fügen noch den Besitz der Superficies (der nach Savigny nur iuris quasi possessio ist) und (mit Savigny) den Besitz der Emphyteuse hinzu, während Andere in diesen beiden Fällen, oder doch im letzten, weil hier animus domini vorhanden sei, juristischen nicht abgeleiteten Besitz der Sache finden wollen, und aus gleichem Grunde auch den Fall des Precarium nicht hieher rechnen. Vgl. dagegen Rudorff zur Geschichte der Superficies, in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 228 .. 233., und Arndts vom Besitze der Emphyteuse in Linde's Ztschr. n. F. III. 7. [recte: 9.] (civ. Schr. I. 22.) Windscheid §. 154. A. 3 .. 7. Rudorff zu Savigny Anh. 35 .. 39. 85 .. 90. Randa §. 1. A. 24. [Bekker S. 163 fg. Wendt S. 198 fg. Wächter II. S. 42 fg.] — Brinz 1. Aufl. S. 66. (2. Aufl. §. 139.) schlägt die Bezeichnung „anvertrauter Besitz“ statt „abgeleiteter“ vor; beides verwirft Windscheid §. 149. A. 7., ohne jedoch die anomale Natur der fraglichen Fälle zu verkennen. Zu den Gegnern des abgeleiteten Besitzes gesellt sich auch Wetter traité de la possession S. 6 fg.; er definirt den Besitz (unhaltbar) als „un pouvoir physique total ou partiel sur une chose ou bien la détention d'une chose dans l'intention d'exercer sur elle soit le droit de propriété, soit l'un de ses démembrements“, und will darunter auch den Besitz des Pfandgläubigers, Emphyteuta und Superficiars, auch selbst den des Precaristen und Sequesters bringen, muß aber doch von dem letzten zugeben: La possession est ici dérivée ou transmise (S. 13.). [Duncker S. 161 fg. dagegen meint, unschwer bei jedem abgeleiteten Besitz den animus domini finden zu können.] — Uebrigens zeigt sich im heutigen Recht die Tendenz, überhaupt dem bloßen Inhaber einer Sache schon als solchem Besitzesschutz zu gewähren. Vgl. Arndts in der krit. Ueberschau I. S. 353 fg. (civ. Schr. III. S. 414 fg.) [Wendt dogm. Jahrb. XXI. S. 61 fg. §. 2.)]

## §. 136.

## B. Arten des Besitzes. Sprachgebrauch der Quellen.

Die Worte: possessio, possidere bezeichnen im weiteren Sinn jedes Inhaben, Besitz im weiteren Sinn[a], vorzugsweise aber und im

[a] L. 9. D. de rei vind. 6. 1.

engeren Sinn den juristischen Besitz[b], possessio ad interdicta, auch den abgeleiteten[c], und im Gegensatz von possessio in diesem engeren Sinn wird die bloße Detention näher bezeichnet durch die Ausdrücke: tenere, naturaliter oder corporaliter tenere, naturaliter possidere oder alieno nomine possidere oder auch in possessione esse[d]. Bei dem juristischen Besitz kommt es an sich nicht darauf an, ob die possessio *iusta* oder *iniusta* sei[e], d. h. ob man auf rechtmäßige Weise denselben erlangt habe oder auf unrechtmäßige, vi, clam, precario (denn auch der precario erlangte Besitz wird iniusta possessio, sobald er auf ergangenen Widerruf nicht zurückgegeben wird[f]); eben so wenig, ob er possessio *bona fide* oder *mala fide*, redlicher Besitz, Besitz in gutem Glauben, oder unredlicher Besitz, Besitz in bösem Glauben, sei[g], d. h. ob sich damit die Meinung, ein Recht zum Besitze zu haben, verbinde oder nicht[1]. Aber der iusta causa und bona fide erworbene Eigenthumsbesitz hat die oben berührte besondere Wirkung, daß er, eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt, zum Eigenthum führt durch Ersitzung (ordentliche Ersitzung); dieser Ersitzungsbesitz (possessio ad usucapionem) konnte daher, da die Ersitzung dem ius civile im e. S. angehört, in einem vorzüglichen Sinn civilis possessio genannt werden, während hingegen auch juristischer, aber nicht zur Ersitzung geeigneter Besitz unter naturalis possessio mitverstanden wird. Indessen ist der Gegensatz von civilis und naturalis possessio, civiliter und naturaliter possidere[h], von mehrfacher Bedeutung[2]. Auch der Gegensatz von possessio iusta und iniusta[i], bonae fidei und malae fidei[k], kommt übrigens nicht nur in Beziehung auf juristischen Besitz (possessio im e. S.), sondern auch beim Besitz im weiteren Sinne vor[3].

Anm. 1 Auf diese verschiedenen Qualitäten des Besitzes im weiteren und engeren Sinne bezieht sich die Regel: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* L. 3. §. 19. 20. L. 19. §. 1. D. h. t. 41. 2. L. 1. §. 2. D. pro donato. 41. 6. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. L. 5. Cod. h. t. 7. 32. L. 23. Cod. de locato. 4. 65. Sie war nach älterem Recht von besonderer Wichtigkeit in Beziehung auf die usucapio pro herede, L. 2. §. 1. D. pro her. 41. 5. L. 33. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Savigny a. a. O. (7. Aufl.) S. 82 fg., ist aber nicht bloß darauf beschränkt. Puchta im Rtslex. II. S. 55 fg. Vgl. noch G. Thon im Rh. Museum IV. S. 99

[b] L. 1. §. 23. D. de vi. 43. 16. L. 3. §. 8. D. uti possid. 43. 17. §. 5. J. de interd. 4. 15. [c] L. 1. §. 15. L. 36. 37. D. h. t. 41. 2. L. 13. pr. L. 16. D. de usucap. 41. 3. [d] L. 9. 10. 12. pr. L. 18. pr. L. 49. pr. D. h. t. §. 5. J. cit. [e] L. 2. D. uti possid. 43. 17. L. 3. §. 5. L. 11. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. [f] L. 13. §. 1. cit. L. 22. §. 1. D. de noxal. act. 9. 4. [g] L. 3. §. 22. D. h. t. L. 48. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. [h] L. 1. §. 9. 10. D. de vi. 43. 16. L. 2. §. 1. D. pro herede. 41. 5. L. 26. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 3. §. 15. D. ad exhibendum. 10. 4. cf. L. 24. D. h. t. L. 38. §. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. [i] L. 7 §. 8. D. comm. div. 10. 3. [k] L. 22. Cod. de rei vind. 3. 32. (not. a.).

bis 118. und Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XI. S. 433 fg. Keller §. 119. Baron in den dogmat. Jahrb. VII. S. 155 fg. Voigt über die condictiones ob causam S. 93 fg. Wetter l. c. S. 147 fg. und Rudorff zu Savigny S. 595 fg. [Pernice Labeo II. S. 180 fg. 191 fg. 207 fg. Bekker S. 200 fg. vgl. S. 113 fg.]

[2] So z. B. bedeutet, worauf Windscheid §. 148. A. 12. aufmerksam macht, in L. 3. §. 13. D. h. t. „naturalis possessio" den juristischen Besitz mit unmittelbarer körperlicher Herrschaft über die bewegliche Sache im Gegensatz des sub custodia habere, das doch zur Fortdauer des Besitzes genügt (§. 142.). So heißt es in L. 24. D. h. t. L. 38. §. 7. 8. D. de V. O. vom Sklaven „civiliter" oder „iure civili non possidet, sed naturaliter tenet", und das will sagen: „juristisch besitzt er gar nicht", — nicht, weil ein Sklave den animus domini nicht haben kann (wie Vangerow §. 199 a. E. sagt); denn das kann er allerdings, z. B. wenn er sich als Freier gerirt oder sogar für frei hält, und selbst der wirklich Freie, der bona fide ab alio possidetur, kann in demselben Sinn civiliter nicht besitzen, L. 1. §. 6. D. h. t., sondern weil iure civili dessen animus domini für nichts gilt; es ist klar, daß man entsprechend z. B. von der juristischen Person sagen könnte: civiliter besitze sie, obwohl sie naturaliter keinen Besitz haben könne (§. 137.). Dagegen, wenn vom beschenkten Ehegatten gesagt wird, er besitze naturaliter, iure civili besitze er nicht (not. h.), so soll ihm dennoch nicht juristischer Besitz cum animo domini abgesprochen werden (L. 1. §. 4. D. h. t.): nur Usucapionsbesitz hat er nicht (L. 1. §. 2. D. pro don. 41. 6.) — Theophilus (§. 135. A. 4.) bezeichnet Eigenthumsbesitz mit den Worten: „τῷ νόμῳ νέμομαι", und die Basil. (§. 135. not. g.) sagen: Νομή ἐστι φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή, κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή, worin übrigens eine unrichtige Uebersetzung der L. 10. Cod. h. t. 7. 32. (possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam etc.) enthalten ist. Anderwärts setzen die Basiliken πολιτικῶς und φυσικῶς νέμεσθαι entgegen, und dies erklärt ein Schol. ad c. 7. Basil. 60. 17., mit Beziehung auf L. 1. §. 9. D. de vi.: πολιτικῶς, ὡς ἐξ ἀγοράσεως ἢ δωρεᾶς, φυσικῶς δέ, ὡς ὁ καλῇ (lies: κακῇ) πίστει νομεύς· ὁ γὰρ πολιτικὸς νόμος τὸν τοιοῦτον οὐκ ἐπιγινώσκει νομέα (Heimb. tom. V. pag. 574. oder nach Fabrot: τὴν τοιαύτην οὐκ ἐπιγινώσκει νομήν.) Julian [s. S. 243 oben] endlich unterscheidet: τῶν νομῶν αἱ μὲν εἰσιν ἔννομοι καὶ πολιτικαί, ὥσπερ ἡ ἐπὶ οὐσουκαπίονι· . . . αἱ δὲ μόνον ἔννομοι, ὡς ἐπὶ τῶν ἰντερδίκτων· αἱ δὲ φυσικαί, ὡς ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου καὶ πιγνερατικίας. Zachariae in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 134. Zachariae Suppl. Basil. edit. Heimb. p. 53. Die Ausdrücke: τῷ νόμῳ oder κατὰ τοὺς νόμους νομή, wie ἔννομος, entsprechen unserem „juristischen Besitz", könnten aber auch etwa den lateinischen Ausdruck: „civilis possessio, civiliter possidere" wiedergeben sollen; ganz gewiß aber ist Uebersetzung des letzten das πολιτικῶς νέμεσθαι und πολιτικὴ νομή, und darnach wäre civilis possessio = possessio ad usucapionem. — Wenn hiernach schon der Sprachgebrauch der römischen und byzantinischen Juristen etwas Schwankendes hatte, so besteht unter den heutigen Rechtsgelehrten großer Streit darüber. Die letzte Bedeutung von civilis possessio, im Gegensatz gegen welche denn naturalis possessio sowohl jeden andern juristischen Besitz als das bloße Inhaben in sich begreift, vertheidigt ausführlich Savigny §. 7., und nach ihm G. Thon im Rh. Mus. IV. S. 95 .. 141.; desgleichen Puchta de civili possessione. 1839. (Kl. Schr. Nr. 25.) und Inst. II. §. 226. not. l. Rudorff zu Savigny S. 614 fg. Eine andere, früher gangbare Meinung, noch vertheidigt von Thibaut im civ. Arch. XVIII. 13. [XXIII. 5.], ver-

steht unter civilis possessio durchaus den juristischen oder Interdicten-Besitz; eine dritte Meinung aber, vertheidigt von Burchardi im civ. Arch. XX. 2., [dem Dunker S. 111 folgt], und mit Vermeidung verschiedener Irrthümer desselben, von Vangerow §. 199., auch angenommen von Bruns Besitz §. 4. und Brinz (1. Aufl.) S. 75 fg. [vgl. 2. Aufl. I. S. 500. 501.], neuerdings von Wetter l. c. S. 78 fg., versteht darunter den (civilrechtlich nicht gemißbilligten) Besitz mit animus domini, also nicht den abgeleiteten juristischen Besitz, aber auch nicht bloß den Usucapionsbesitz. [Wächter II. S. 53 . . 58. versteht unter civ. poss. „den Eigenthums- oder wahren Besitz, aber nur dann, wenn er iusto titulo erworben wurde".] Das Richtige deutet Keller §. 116. an und führt weiter aus Windscheid a. a. O., dem jedoch darin nicht beizustimmen ist, daß er die obige engste Bedeutung von civilis possessio ganz ignorirt und diese daher dem beschenkten Ehegatten mit Vangerow nur darum nicht zugestanden haben will, weil dessen Besitz vom Rechte nicht gebilligt sei, was noch entschiedener vom Besitz des Diebes, überhaupt von jeder iniusta possessio, ja von jeder mala fide possessio behauptet werden müßte; vgl. Windscheid 4. Aufl. a. a. O. Brinz 2. Aufl. §. 136. — Uebrigens betrifft der ganze Streit [über den jetzt auch Meischeider §. 16. und Kindel §. 4a. zu vgl. sind] wesentlich nur die Terminologie; im praktischen Resultat macht nur die zweite Meinung, aber auch nur in Verbindung mit einer selbst von einem andern Anhänger derselben (Kierulff I. S. 346 fg.) verworfenen Erklärung der L. 1. §. 9. 10. D. de vi. 43. 16., einen Unterschied. Vgl. §. 173. A. 2.

3 Ueber sog. *ficta* possessio vgl. L. 25. §. 2. 8. D. de hered. pet. 5. 3. L. 25. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. — Nebenbedeutungen von possessio, possessor: a) possessor, der Beklagte, bei in rem actiones, entgegengesetzt dem petitor (possessoris vel petitoris partes sustinere): L. 62. D. de iud. 5. 1. L. 16. §. 4. 7. L. 35. D. de her. pet. 5. 3. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. b) possessio soviel als Besitzung, Grundeigenthum: L. 78. D. de V. S. L. 15. D. qui satisd. cog. 2. 8. (§. 93. A. 2.) Savigny a. a. O. §. 8. [S. 104 fg. Vgl. über die Bedeutung von possessio, possidere u. a. in den Quellen überhaupt Bekker S. 40 fg. 120. 321 fg. 338 fg.]

## §. 137.

## C. Subjecte des Besitzes.

Nach dem natürlichen Begriff des Besitzes könnte jeder natürlich Willensfähige, und nur dieser, Besitzer sein. Da aber dem Besitz als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums eine wichtige rechtliche Bedeutung beigelegt worden, so war es einerseits folgerichtig, dem natürlich Willensfähigen, der unfähig ist, Eigenthum zu haben, auch die Fähigkeit, zu besitzen, abzusprechen; aus diesem Grunde ist nach römischem Recht der Unfreie[a], also auch der Kriegsgefangene[b], und derjenige, welcher zur Strafe eine maxima capitis deminutio erlitten hat[c], unfähig zu besitzen[1]; andrerseits mußte man dem natürlich Willensunfähigen, der Eigenthum zu haben fähig ist, auch die Fähigkeit, Besitzer zu sein, bei-

[a] L. 49. §. 1. L. 24. 30. §. 3. D. h. t. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 118. D. de R. J. [b] L. 23. §. 1. D. h. t. L. 15. pr. D. de usucap. 41. 3. L. 19. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [c] L. 8. §. 4. L. 17. pr. D. de poenis. 48. 19. (§. 28.).

legen[d], damit auch Kinder, Wahnsinnige und juristische Personen der Vortheile des Besitzes theilhaftig werden könnten[2].

Anm. [1] Vgl. Jhering a. a. O. 2. Aufl. S. 145 fg. „Wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz." Gleich dem Sklaven konnten nach älterem R. R. auch filiifamilias nicht besitzen, L. 49. §. 1. D. h. t. Gai. II. 89., es sei denn ein in castris adquisitum. L. 4. §. 1. D. de usucap. 41. 3. Nach Justinianischem Recht sind sie überhaupt fähig, Eigenthum zu haben, daher auch zu besitzen; §. 1. J. per quas pers. 2. 9., und nur was zum (sog. profectitium) peculium gehört, besitzen nicht sie, sondern durch sie der Vater. L. 93. D. de R. J. L. 1. §. 5. D. h. t. Nach heutigem (gemeinem) Recht sind also die Beschränkungen in erster Beziehung überhaupt weggefallen (§. 28.). Jedoch nach canonischem Recht: „ne quis monachorum proprium aliquo modo possideat", cap. 6. X. de statu monach. 3. 35.

[2] Vgl. Jhering a. a. O. S. 155 fg. „Wo Eigenthum, da auch Besitz." Vgl. Randa §. 9. [Kindel §. 16. Bekker S. 102. 152 fg., der S. 154 formulirt: „Besitzer kann sein, wer im Vindicationsproceß auftreten kann, und nur wer im Vindicationsproceß auftreten kann, m. a. W. wer Eigenthümer sein kann"; vgl. noch insbes. über den Besitz juristischer Personen: S. 155 fg.]

## §. 138.

## D. Gegenstand des Besitzes.

Gegenstand des Eigenthumsbesitzes, wie des Eigenthums, ist nur eine körperliche Sache[a], und zwar folgerichtig nur eine solche[1], an welcher man Eigenthum haben kann[b]. Wie aber das Eigenthum auf einen intellectuellen Theil der Sache sich beschränken kann (§. 133), so auch der Besitz[c], daher Mitbesitz (compossessio)[2], während[d] dieselbe ganze Sache nicht zu gleicher Zeit im Besitze mehrerer Personen sich befinden kann[3]. Bei Grundstücken kann auch ein reeller Theil (pars pro diviso, locus certus) Gegenstand des Besitzes sein[e], nicht bei beweglichen Sachen[f]. Jedoch kann eine bewegliche Sache, die, obwohl als Theil einer zusammengesetzten Sache verwendet, gleichwohl noch Gegenstand besondern Eigenthums sein kann, für den Besitzer des zusammengesetzten Ganzen ungeachtet dieser Verbindung auch besonderer Gegenstand des Besitzes bleiben[4], während derjenige, welcher den Besitz eines zusammengesetzten Ganzen erworben, nicht auch die Bestandtheile desselben als besondere Sachen besitzt, weil der Besitzeswille nicht darauf gerichtet erscheint[g]. Eine Sachgesammtheit dagegen (universitas rerum) ist

[d] L. 1. §. 20. 22. L. 2. D. h. t. (§. 141.).

[a] L. 3. pr. D. h. t. 41. 2. [b] L. 30. §. 1. 3. D. h. t. cf. L. 1. §. 6. D. ibid. [c] L. 26. D. h. t. [d] L. 3. §. 5. D. h. t. L. 3. pr. D. uti possid. 43. 17. L. 5. §. 15. D. commod. 13. 6. cf. L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. [e] L. 26. D. cit. [f] L. 8. D. de rei vind. 6. 1. [g] L. 23. 30. §. 1. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 30. pr. D. h. t. L. 7. §. 1. 2. D. ad exhib. 10. 4.

nicht als Ganzes Gegenstand des Besitzes[5]; nur die einzelnen Sachen sind es, aus welchen sie besteht[a].

Anm. [1] Vgl. Ihering a. a. O. S. 150 fg. Randa §. 10. [Kindel §. 17. Bekker S. 102. 157: „Besessen werden kann nur, was auch Object eines Eigenthumsstreites sein kann."]

[2] Vgl. Ihering a. a. O. S. 155 fg. Randa §. 16. 17. [Steinlechner II. §. 1..6. Gugino della possessio in solidum e della compossessio in diritto romano. 1879. (Drbr. Steinlechner in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 39 fg.) Rümelin Theilung d. Rechte S. 104 fg. Wendt dogm. Jahrb. XXI. S. 171 fg. Kindel §. 21.]

[3] L. 3. §. 5. D. h. t. (Paul.) Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat; quod est verius. (Vgl. §. 135. A. 3.) L. 3. pr. D. 43. 17. (Ulp.) Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum? quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Cf. L. 5. §. 15. cit. (Ulp.) Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. (§. 53. A. 5.). Vgl. darüber Savigny §. 11. Puchta Inst. II. §. 229. Keller §. 117. Witte in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. S. 250 fg. u. das interd. uti possid. S. 74 fg. Rudorff Anh. zu Savigny Nr. 42..49. Randa §. 16. [Meischeider §. 17. Bekker S. 107 fg. Duncker S. 86 fg. bestreitet den Satz in L. 5. §. 15. cit. unter Hinweis auf L. 3. pr. cit. und auf die Relativität des Besitzesschutzes]; gegen Baron's „Gesammtbesitz" (Gesammtrechtsverhältnisse §. 4. 5.) s. Rudorff Nr. 48. 85. Randa §. 16. A. 2. [Für die „Ausschließlichkeit des Besitzes" Kindel §. 20.] — Usucapionsbesitz des Verpfänders neben dem juristischen Besitz des Pfandgläubigers: L. 16. D. de usucap. 41. 3. Rudorff Anh. Nr. 86. gegen Dernburg Pfandrecht II. S. 58. 62 fg. [vgl. Bekker S. 71 fg.]; ebenso des precario dans neben dem des precario accipiens? L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. L. 3. §. 5. cit. Witte a. a. O. S. 253 fg. (unten §. 161. A. 2.). Brinz 2. Aufl. §. 135. A. 41 fg. [Duncker S. 165 fg.].

[4] L. 30. §. 1. D. 41. 3. Labeo ... ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, quum utrumque maneat integrum. Dagegen L. 23. pr. eod. Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quid, quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit; separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit. Accedit (Flor. *accidit*) eo, quod si quis singulas res possidere dixerit, necesse erit dicat, (in) posses-

[a] L. 30. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

sione superficiei tempori(bus) de mobilibus statuto (statutis) (interpolirt statt *anno?*) locum esse, solum se capturum esse ampliori (*tempore?* vielleicht interpolirt statt *biennio?*) Quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur; utputa, cum aedes ex duabus rebus constent, ex solo et superficie, et universitas earum possessione [Flor. *possessionem*] temporis immobilium rerum omnium (*dominium*? *dominum*?) mutet. (Mommsen deutet als Emendation an: ut potius, cum aedes .. constant ... superficie, universitas ... dominum mutet). L. 30. pr. D. h. t. 41. 2. Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario. Ueber die sehr streitige Erklärung dieser Stellen vgl. Savigny §. 22. Puchta §. 128. Windscheid in Sell's Jahrb. I. 12. Madai im civ. Arch. XXV. 10. Binding das. XXVII. 9. 15. Pape in Linde's Zeitschr. n. F. IV. 6. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. S. 373 fg. Böcking Inst. §. 124. A. 16. Pand. I. §. 131. Sintenis I. §. 43. A. 14. Vangerow §. 204. A. 2. Windscheid Pand. §. 152. A. 6. Randa §. 18. Rudorff zu Savigny Anh. 81. Brinz 2. Aufl. §. 135. A. 31..33. §. 144. [Meischeider §. 18. 19. Hölder im civ. Arch. LXI. S. 285 fg. Wächter II. S. 59 fg. bes. Note 14. J. Schumacher über tignum und tignum iunctum. Bonn 1882. Landsberg die Glosse des Accursius S. 154 fg. Duncker S. 214 fg. Kindel §. 22.]

[5] Darüber Windscheid Pand. §. 137. A. 6. a. E. §. 152. A. 3. Randa §. 19. A. 3. gegen Baron Gesammtrechtsvh. §. 2. [Vgl. auch Meischeider §. 45.]

## E. Erwerb des Besitzes.

### §. 139.

#### 1) Durch eigene Handlung.

Der Besitz einer Sache ist als erworben einer bestimmten Person in dem Zeitpunkte anzusehen, da sie zuerst thatsächlich als Eigenthümer sich darstellt. Dies ist der Fall, wenn sich ein gewisses äußerliches Verhältniß zur Sache, wornach diese als in seiner Gewalt befindlich erscheint, mit dem Willen zu besitzen in der Person des Erwerbenden vereinigt; daher die Regel: adipiscimur possessionem *corpore et animo*[a]. Die Willensbethätigung, wodurch sich Jemand in jenes Verhältniß zur Sache setzt, nennt man Besitzergreifung, Apprehension[1]. Aber dazu ist nicht etwa körperliche Berührung der Sache (Ergreifen mit der Hand, Betreten des Grundstücks) erforderlich[b]; es genügt zum Besitzerwerbe, wenn der Erwerber nur die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache erlangt hat, ja, wenn nur die Sache mit dem Willen des Erwerbers in solche Lage gebracht ist, wie sich die thatsächliche Eigenthumsherrschaft über dieselbe äußerlich erkennbar macht, was je nach Verschiedenheit der Sachen in verschiedener Weise geschehen kann[2], sei

[a] L. 3. §. 1. D. h. t. (§. 135.). [b] L. 1. §. 21. D. h. t.

es mit dem Willen des bisherigen Besitzers[3], d. i. durch Tradition[c], auch durch sog. *longa manu traditio*[d], sei es durch die bloße Thätigkeit des Erwerbers (Occupation), ohne Willen des bisherigen Besitzers[e] oder rücksichtlich einer bisher besitzlosen Sache[f]. Wer bisher schon Inhaber der Sache war, kann mit dem Willen des bisherigen juristischen Besitzers bloß durch den Willen, fortan die Sache für sich zu haben, Eigenthumsbesitz erwerben (sog. *brevi manu traditio*[g]), ohne Willen des bisherigen Besitzers nur durch eine Handlung, welche den nun angenommenen Eigenthumswillen äußerlich erkennbar macht[h]. Der Wille zu besitzen muß übrigens auf eine bestimmte Sache[i], beziehungsweise auf einen bestimmten reellen oder intellectuellen Theil[k] einer Sache gerichtet sein[4].

Anm. [1] Possīdēre als gleichbedeutend mit apprehendere possessionem (L. 4. §. 22. D. 41. 3.), im Gegensatz von possīdēre? Vgl. Böcking Inst. §. 124. A. 25. §. 123. A. 8. [Sind Besitzerwerbshandlungen als solche Rechtsgeschäfte? Thon Rechtsnorm und subj. R. S. 368. Dagegen Zitelmann Irrth. u. Rechtsgesch. S. 310 fg. Vgl. Lenel dogm. Jahrb. XIX. S. 164 fg. Bruns Kl. Schr. II. S. 454. Bekker in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 15.]

[2] Die früher herrschende Lehre ging bei dem Begriff der Apprehension, beziehungsweise Tradition, von der Vorstellung buchstäblich körperlicher Ergreifung, der Uebergabe von Hand zu Hand, aus, und sprach überall da, wo die römischen Juristen darüber hinausgehend den Besitzerwerb als vollendet ansahen, von fingirter oder auch symbolischer Apprehension oder Tradition. Dagegen trat mit Erfolg Savigny auf a. a. O. §. 14..18. und führte aus, daß das Wesentliche in dem Begriff der Apprehension überall nur darin zu suchen sei und von den römischen Juristen gefunden werde, daß dem Erwerber die gegenwärtige Möglichkeit unmittelbarer ausschließlicher Herrschaft oder körperlicher Verfügung über die Sache gewährt sei. Und diese Theorie hat im Ganzen fast allgemeine Anerkennung gefunden. Vgl. Rudorff zu Savigny Nr. 58 bis 71. Randa a. a. O. §. 11. Wetter l. c. S. 49 fg. 157 fg. Windscheid §. 153., aber auch Exner Rechtserwerb durch Tradition S. 86..114. [Wächter §. 125. und Beil.] Eine neue Theorie von Baron in den dogmat. Jahrb. VII. S. 38 fg., wornach für den Besitzerwerb beweglicher Sachen regelmäßig das Entscheidende sein soll, daß sie in die Gewahrsam (custodia) des Erwerbers gebracht sind, hat mit Recht Widerspruch gefunden. Rudorff a. a. O. Nr. 71. Randa §. 11. A. 11. und besonders Exner a. a. O. S. 109 fg. [Pernice Labeo II. S. 339 fg.] Allein eine scharfe Opposition gegen Savigny's Theorie ist erhoben von Jhering a. a. O. (2. Aufl.) S. 160 fg. 194 fg., welcher ausführt, daß jener Apprehensionsbegriff nicht

[c] L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. L. 51. D. h. t. L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 74. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 1. §. 2. L. 15 (14). §. 1. D. de per. et comm. 18. 6. L. 1. Cod. de donat. 8. 53 (54). [d] L. 79. D. de solut. 46. 3. [e] L. 15. D. h. t. L. 1. D. de vi. 43. 16. [f] L. 5. §. 1. L. 55. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 3. §. 14. D. h. t. — L. 3. §. 3. L. 44. pr. ibid. L. 15. D. ad exhib. 10. 4. [g] L. 9. §. 5. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. L. 62. pr. D. de evict. 21. 2. L. 9. §. 9. D. de reb. cred. 12. 1. L. 9. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 38. §. 1. D. h. t. [h] L. 3. §. 18. D. h. t. (§. 143.). [i] L. 76. D. de R. J. cf. L. 34. pr. D. h. t. [k] L. 3. §. 2. L. 26. D. h. t. cf. L. 32. §. 2. D. de usucap. 41. 3.

überall festgehalten sei und festgehalten werden könne (L. 5. §. 2. 3. L. 55. D. de a. r. d. 41. 1. L. 18. §. 2. D. h. t. 41. 2. L. 3. §. 3. L. 44. pr. eod. L. 1. Cod. de donat. 8. 53 (54)., und alles Gewicht auf die Sichtbarkeit des Besitzes, auf die concrete thatsächliche Constatirung des Eigenthumswillens legt. Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 153. A. 7. 8. Brinz 2. Aufl. §. 137. A. 13 fg. [Randa 3. Aufl. S. 320 fg. Ausführlich sind jetzt der Besitzerwerb und die verschiedenen Meinungen über ihn auch besprochen von Meischeider §. 39..68. Kindel §. 11. 12. Zu beachten sind die Ausführungen von Bekker S. 159 fg.: „Corpus für sich allein ist Handlung, gewollte Körperbewegung . . . gerade der reine Willensakt . . . gehört zum corpus (das darohne gar nicht zu denken ist), nicht zum animus . . . Animus ist . . . ein Motiv zur Handlung, das wir immer noch am besten als Absicht bezeichnen werden.“ S. 182: „Das corpus ist die Bethätigung, nicht die Erklärung des vorhandenen animus.“ Vgl. die Zweifelsfragen, die Bekker S. 183 fg. aufwirft. Dagegen Duncker S. 177 fg. und S. 197 fg. Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 349 fg., 361 fg.].

[3] Natürlich ist es, daß in dem Falle, wenn der bisherige Besitzer den Besitz einem Andern zu überlassen erklärt, von Seiten des letzten ein weniger handgreiflicher Act zum Besitzerwerb genügend gefunden wird, als wenn Jemand sonst einer Sache sich bemächtigen will. Es ist aber deshalb nicht dort eine Succession in den Besitz anzunehmen, wo von Succession in ein Recht die Rede ist. A. M. Brinz in Bekker's Jahrb. III. 2. für den Fall, daß die Tradition nur auf Uebertragung des Besitzes, nicht zugleich in und mit demselben auf Eigenthumsübertragung gerichtet sei. Aber siehe dagegen Witte in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. S. 327 fg. Sintenis I. §. 44. A. 8. Vangerow 7. Aufl. I. §. 202. Rudorff Anh. Nr. 15. Randa §. 15. — [Weiter als Brinz geht Esmarch vacuae possessionis traditio (1873), der hierunter einen Vertrag versteht, gerichtet auf Ueberlassung des Besitzes, aber nicht in der Art eines const. poss. (s. §. 140. A. 5.), sondern so, daß die Besitzvortheile auf den Empfänger übergehen, der Besitz als Vermögens-Bestandtheil in sein Vermögen eintrete, und er sich jederzeit einseitig der Sache bemächtigen dürfe.] (Drbr. Hölder in d. krit. Vjschr. XVI. S. 538 fg.), Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 153. A. 9. 10. und wieder Brinz 2. Aufl. §. 138. [Kindel §. 19. Karlowa Rechtsgeschäft S. 218 fg. Bekker S. 300 fg., gegen diesen Duncker S. 289 fg., andrerseits Strohal in d. Jur. Blätt. 1881. Nr. 2..4. Seligsohn in Rassow's Beiträgen XXVI. S. 316 fg., 593 fg. Gegen Esmarch Wendt dogm. Jahrb. XXI. S. 288 fg., vgl. dens. ebda. XXII. S. 357.]

[4] L. 3. §. 2. D. h. t. Incertam partem rei possidere nemo potest, veluti si hac mente sis, ut, quidquid Titius possidet, tu quoque velis possidere. L. 32. §. 2. D. 41. 3. Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo ait. Vgl. Savigny (7. Aufl.) S. 262. A. 4. Puchta Vorles. I. S. 483 fg. Beil. XII. Dagegen Böcking Inst. §. 124. A. 11*. „Fast allgemein wird diese Stelle gegen die Gesetze der Grammatik von einer Subtilität Labeo's verstanden . . . Labeo schreibt ohne alle Subtilität: „mera subtilitate possidere“ könne Niemand, d. h. nicht ohne Bewußtsein von dem Gegenstande, der Begränztheit des Objects des Besitzes, in abstracter Vorstellung, ἀορίστως“. Dagegen wieder Windscheid §. 152. A. 12. „Labeo sagt, daß nach mera subtilitas 'Niemand besitze' (nicht 'Niemand besitzen könne') . . . heißt also mera subtilitate 'in abstracter Vorstellung', so sagt Labeo, daß keiner der Genannten 'in abstracter Vorstellung', also jeder mit der Richtung des Willens auf einen bestimmten Besitzestheil besitze.“ Ru-

dorff zu Puchta a. a. O. u. zu Sav. Anh. Nr. 79. erklärt „mera subtilitate“ = „im Rechtssinn“, „juristisch“; Keller §. 117. A. 20. „mera subtilitate, i. e. stricto iure, strengrechtlich“. Vgl. noch Randa §. 17. A. 17. [Steinlechner Juris Communio II. §. 5. 6. Bekker S. 111 fg.]

## 2) Durch Andere.*

### §. 140.

#### a) Mit dem Willen des Erwerbers.

Die äußere Herrschaft über eine Sache kann für den eigentlichen Besitzer auch ein Anderer haben; daher[a] kann auch durch Handlung eines Andern der Besitz erworben werden[1]. Erforderlich ist dazu von Seiten des eigentlichen Erwerbers[2], daß er den Willen zu besitzen habe, welchen er im Voraus durch Befehl oder Auftrag kund gegeben haben mag[b], von Seiten des Stellvertreters[3], daß er die Besitzergreifung gleichwie derjenige, welcher für sich selbst erwerben will (§. 139), aber mit dem Willen vornehme, den Besitz für jenen zu erwerben[c]: nicht erforderlich ist, daß der erste von der nach seinem Willen geschehenen Besitzergreifung auch Kunde erhalten habe[d]. Was insbesondere den Besitzerwerb durch Uebergabe von Seiten des bisherigen Besitzers betrifft, so wird, wenn dieser die Sache dem Empfänger als dem Stellvertreter für einen bestimmten Andern übergibt, diesem letzten der erklärten Willensmeinung des Tradenten gemäß der Besitz erworben, ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger bei sich den Willen hegt, den Besitz für sich oder einen Dritten zu erwerben[4]. Nur ein Fall des Besitzerwerbs durch Stellvertreter ist das sog. constitutum possessorium, welches darin besteht, daß der bisherige juristische Besitzer erklärt, fortan die Sache im Namen eines Andern, der den Besitz erwerben will, besitzen zu wollen[e]; einer Besitzergreifung bedarf es hier nicht, weil der Stellvertreter die Sache ohnehin schon in seiner Gewalt hat[5].

* L. Hauser die Stellvertretung im Besitze. 1870. (vrbr. Exner in d. krit. Vjschr. XIII. S. 305 fg. Reuling in d. Ztschr. f. Handelsrt. XVII. S. 320 fg.). Windscheid 4. Aufl. §. 155. Brinz 2. Aufl. §. 140. [Meischeider §. 60..68. Bekker S. 202..218. Wächter §. 126. und Beil. Hellmann Stellv. in Rechtsgesch. S. 99 fg. (der „die sog. Stellvertretung im Besitzerwerb eher mit den Verträgen zu Gunsten Dritter, als mit der eigentlichen Stellvertretung in eine Linie stellen“ möchte). Schloßmann der Besitzerwerb durch Dritte nach röm. und heut. Rt. (Oben §. 76. A. 4.) Letzterer unternimmt den Beweis, daß nicht nur von unserer heutigen Dogmatik

[a] L. 1. §. 5..20. L. 3. §. 12. D. h. t. L. 20. §. 2. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 31. §. 2. D. de usucap. 41. 3. L. 1. 8. Cod. h. t. 7. 32. Pauli sentt. V. 2. §. 1. [b] L. 42. §. 1. D. h. t. Paul. l. c. §. 2. L. 13. pr. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. cf. L. 53. eod. (A. 1.). [c] L. 1. §. 19. 20. cf. §. 9..11. D. h. t. [d] L. 13. pr. cit. L. 49. §. 2. D. h. t. L. 47. D. de usucap. 41. 3. L. 1. Cod. h. t. §. 5. J. per quas person. 2. 9. cf. L. 34. §. 1. D. h. t. [e] L. 18. pr. D. h. t. L. 77. D. de rei vind. 6. 1. L. 28. 35. §. 5. Cod. de donat. 8. 53 (54).

„ganz abweichende Ideen das römische Recht hier beherrscht haben, sondern auch im praktischen Endresultat das römische und das h. z. T. geübte Recht sich keineswegs decken". S. 163. (Drbr. jedoch Krüger im civ. Arch. LXVI. S. 150 fg. Baron in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 511 fg. Czyhlarz i. d. Wiener Ztschr. X. S. 145 fg. Kindel in Rassow's Beiträgen XXVI. S. 873 fg.) Vgl. Kindel Besitz §§. 23. 24.]

Anm. [1] Paul. V. 2. §. 1. Possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. In dieser Beziehung und so auch bezüglich des Eigenthums, sofern dessen Erwerb mit dem Besitzerwerb sich verbindet, ist Erwerb selbst durch freie Stellvertreter (§. 76.) zuerst vollkommen anerkannt worden: L. 53. D. 41. 1. Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere *(volentem nobis possidere?)* acquirimus. L. 20. §. 2. eod... placet, per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse, et per hanc dominium. §. 5. J. 2. 9. Et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet non solum scientibus, sed etiam (et) ignorantibus vobis (nobis) acquiri possessionem secundum D. Severi constitutionem, et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit. [Daß schon das Röm. R. beim Erwerb von Besitz und dem durch ihn vermittelten Eigenthumserwerb directe Stellvertretung zugelassen habe, bestreitet jetzt Schloßmann a. a. O. In zahlreichen Stellen, von denen mehrere für diese Frage zum ersten Male benutzt werden, findet er (§. 1. und S. 79 fg.) ausgesprochen: „Wer in meinem Auftrag eine Sache anschafft, wird zunächst selbst Besitzer und Eigenthümer und kann mich erst durch eine neue Tradition dazu machen"; den Versuch, den Widerspruch zwischen diesen und jenen Stellen, welche den letzteren Erfolg direct eintreten lassen, durch die Annahme zu lösen, daß der Mandatar dort als Ersatzmann, hier als Stellvertreter handle, hält er für aussichtslos (§. 2.). Vielmehr sei das Röm. R. allgemein und auch in Beziehung auf den Besitzerwerb von der (nur durch einige Ausnahmen beschränkten) Regel ausgegangen: per liberam personam adquiri non potest. Allerdings enthalte dieser Satz keineswegs selbst die Ausschließung der directen Stellvertretung (S. 47 fg. 78.), sondern „seine eigentliche Tendenz war, ... zu verhindern, daß Freie in einen der Sklaverei ähnlichen Zustand gelangten" (S. 61.). „Domino adquirere ist das Zeichen der Unfreiheit; sibi adquirere soll den freien Mann charakterisiren" (S. 68 fg.) — ein Gedanke, verwandt den modernen deutschen und österr. Gesetzen betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes (S. 77)., und in dem römischen Rechtsleben um so wichtiger, je mannigfaltiger die Ursachen waren, welche die Gränze zwischen Freiheit und Unfreiheit zu verwirren geeignet waren. Wohl aber sei zugelassen worden (S. 125 fg. 142 fg.), daß der tutor, curator und procurator omn. bon. (oben §. 77. A. 2.), gleichviel ob er administratio hatte oder nicht, da er als eine nahe Vertrauensperson des Herrn gewissermaßen mit zum Hause gehörte (S. 160 fg.), dem Principal Besitz erwerbe. Doch sei der Widerspruch zwischen jenen Quellenäußerungen, die ein Mandat (oder Ratihabition) als Voraussetzung directen Besitzerwerbes hinstellen, und jenen, welche etiam ignoranti den Besitz erwerben lassen, nicht in ganz überzeugender Weise zu lösen: In L. 13. D. de A. R. D. sei „ignoranti" wohl unecht und es hätten Ulpian und Paulus wegen L. 1. C. h. t. (unten A. 2.) ihre Meinung, die sie früher ausgesprochen hatten, geändert, — andere Stellen seien nur durch Versehen in die Compilation aufgenommen. (S. 135 fg.) Zum Abschluß dieser Lehre sei das Röm. R. nicht gelangt (S. 156 fg.), umsomehr sei festzuhalten an dem Fortschritt, den das moderne Recht

gemacht (S. 169 fg.) Vgl. überhaupt Czyhlarz a. a. O. und dagegen Schloßmann in d. Wien. Ztschr. X. 11. S. 588 fg.]

[2] L. 42. §. 1. D. h. t. Procurator si quidem mandante domino rem emerit protinus illi acquirit possessionem (cf. L. 1. Cod. h. t. *„per liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem"*, not. d.); quod si sua sponte emerit non nisi ratam habuerit dominus emtionem. Streitfrage: ob dazu ein specieller Auftrag mit Rücksicht auf bestimmte Sachen vorausgesetzt werde? oder ob auch durch einen procurator omnium bonorum in gleicher Weise Besitz sofort erworben werde, wenn dieser irgend welche Sachen kraft seiner allgemeinen Vollmacht für den Vollmachtgeber erwirbt? Das letzte wird gegen die bisher herrschende Theorie, aber übereinstimmend mit ältern Rechtsgelehrten, z. B. Donell. comm. V. 8. §. 10., gut vertheidigt von J. Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XI. 7. und, gegen die versuchte Widerlegung von Schirmer das. XIV. 3., noch ausführlicher und überzeugend das. XVII. 8., dem auch beistimmen Windscheid §. 155. A. 9. Rudorff Anh. Nr. 98. Randa §. 20. A. 12. 13. Exner a. a. O. S. 183. [Leonhard krit. Vjschr. XXIII. S. 341 fg. Irrthum S. 151. Note 2. Duncker S. 201 fg. Hellmann S. 101 u. A. vgl. Schloßmann S. 128. Note 3. S. 174, der den Besitz, den Jemand für einen Anderen nicht suo nomine ergreife, dem Destinatär auch ohne jedes Mandat und ohne Ratihabition im heut. R. ipso iure zufallen läßt. Ertheilung oder Verweigerung der Ratihabition soll nur dafür bestimmend sein, ob er das Erworbene behalten darf und ihn die mit dem Erwerbe verbundenen Lasten und Verpflichtungen treffen oder nicht.] Nicht entgegen sind L. 23 (24). D. de neg. gest. 3. 5. L. 42. §. 1. D. h. t. Pauli sentt. V. 2. §. 2. Vgl. oben §. 77. A. 3. Uebereinstimmend Seuffert's Arch. V. 106. X. 134., anders VIII. 231. Brinz 2. Aufl. §. 140. A. 5 fg.

[3] L. 1. §. 19. 20. D. h. t. Haec quae de servis diximus, ita se habent, si et ipsi velint nobis adquirere possessionem; nam si iubeas servum tuum possidere et is eo animo intret in possessionem, ut nolit tibi sed potius Titio adquirere, non est tibi adquisita possessio. §. 20. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent nobis non possunt adquirere (*accommodarent nobis, non possumus acquirere?* Vgl. Mommsen ad h. l. Rudorff Anh. 91.). [Schloßmann S. 151 fg.] Ueber die Erkenntniß dieser Willensmeinung des Stellvertreters vgl. Bremer a. a. O. XI. S. 236 fg. XX. S. 90 fg.

[4] L. 13. D. de donat. 39. 5. (Ulp.): et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. Scheinbar widersprechend L. 37. §. 6. D. de acquir. dom. 41. 1. (Julian.): et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Man ergänzt: sc. „in sua persona", oder „ex mente procuratoris". Savigny S. 306. A. 3. Dagegen Bremer a. a. O. XI. S. 249 fg. 256 fg. Er versteht, mit Donell. comm. V. 10. §. 6., L. 37. §. 6. cit. von dem Fall äußerlich erkennbarer Verschiedenheit des Willens bei der Tradition, L. 13. cit. von dem Fall einer bloßen Mentalreservation des Empfängers gegenüber dem erklärten Willen des Tradenten. Ebenso Scheurl in d. dogm. Jahrb. II. S. 26. [Mandry im civ. Arch. LXIII. S. 8. Note 6.] vgl. Ihering Jahrb. I. S. 319 fg. 325 fg. Brinz 1. Aufl. S. 69. Das letzte ist gewiß richtig und hat wohl auch Savigny die L. 13. nicht anders verstanden, wie sie dieses Lehrbuch immer

ebenso gedeutet hat. Nicht so sicher ist das erste. Vangerow §. 205. bemerkt dagegen: wenn der Stellvertreter erkläre, daß er für sich den Besitz erwerben wolle, und der Tradent übergebe ihm die Sache trotz dieser Erklärung, so werde unzweifelhaft der Besitz dem Stellvertreter erworben; also treffe das „nihil agetur" doch nicht zu. Indessen es kann ja auch eine Irrung stattgefunden haben, wie in L. 36. D. eod.; der Tradent kann seinen Willen nicht deutlich genug an den Tag gelegt haben und daher mit dessen wirklichem Willen der Wille des Empfängers nicht übereinstimmen, ohne daß man diesem eine mit seinem Handeln in Widerspruch stehende Mentalreservation vorwerfen könnte. Auch hier erwirbt zwar dieser den Besitz für sich (corpore et animo), aber nicht als ihm tradirten; daß dennoch nach der Absicht des Tradenten dem Dritten der Besitz erworben sei, dem der Empfänger operam suam non accommodavit, das anzunehmen nöthigt nicht und berechtigt daher auch nicht die L. 13. cit. Das „nihil agetur" kann übrigens insbesondere auf den Eigenthumserwerb bezogen werden, und darauf bezogen ist es selbst in dem Falle ausdrücklicher widerstreitender Willenserklärungen richtig.] Vgl. noch Witte in Linde's Ztschr. N. F. XVIII. S. 286 fg. und abermals Bremer in Linde's Ztschr. N. F. XX. S. 53 fg. Randa S. 206. [3. Aufl. S. 474 fg.]; dagegen Rudorff Anh. 92. Exner a. a. O. S. 136 fg., welcher letzte einen Meinungsstreit zwischen Ulpian und Julian annimmt, aber für Julian's Ansicht sich entscheidet. [Vgl. noch Bekker S. 218 fg. Eine neue Erklärung bei Schloßmann in d. Wiener Zeitschr. VIII. 7. S. 429 fg. (vgl. Besitzerwerb durch Dritte S. 32. Note 2.): Danach soll keine der beiden Stellen eine allgemeine Norm über die an sie geknüpften Streitfragen aufstellen, obwohl zuzugeben sei, daß ein Widerspruch zwischen ihren Entscheidungen bestehe, da derselbe Thatbestand in verschiedener Weise beurtheilt sei. Julian habe (gar nicht von der Tradition, sondern von der Mancipation gesprochen, also) nur den Eigenthumsübergang geleugnet und setze einen donandi causa vorgenommenen Uebertragungsact voraus, wo es allerdings des Schenkers erstes Interesse sei, daß der die Sache erhalte, dem er sie zugedacht, so daß das Mindestmaß des für das Interesse des Schenkers zu fordernden Schutzes, das Julian gewähren will, in der „Verneinung jeder Wirkung der Tradition" bestehe; und da auch der Besitz dem Destinatär nicht erworben werde, so bleibe das Eigenthum beim Schenker — nihil agetur. Ulpian dagegen stelle die Sache über die Form, entscheide sich für den stärkeren Grad des zu gewährenden Schutzes, ohne an einem Eigenthumserwerb durch Tradition Anstoß zu nehmen, welche dem Destinatär keinen Besitz gibt. Wenn nun für den Fall einer schenkweisen Tradition das Ausbleiben einer Wirkung zu Gunsten eines Andern als des Destinatärs besonderer Hervorhebung bedurfte, so könne bei Traditionen aus anderer causa der Dissens zwischen Tradent und Empfänger den Eigenthumsübergang auf einen Anderen als den Destinatär nicht schlechthin gehindert haben. „Es folgt also, daß der Empfänger wider Willen oder ohne Wissen des Tradenten die ihm zugedachte Sache unmittelbar in das Eigenthum eines Anderen bringen kann: daß er die ihm für einen Anderen übergebene Sache dem eigenen Rechte oder dem eines Dritten unterwerfen kann. Freilich ist diese Möglichkeit keine unbedingte . . ." Dazu Zoll in d. Wien. Ztschr. IX. S. 37 fg. Gegen diesen wieder Schloßmann ebenda IX. 5. S. 329 fg.] — Nicht hieher gehören L. 43. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 59. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. vgl. Savigny a. a. O. und unten §. 145. A. 3. — Windscheid 4. Aufl. §. 155. A. 6..7. Brinz 2. Aufl. §. 140. A. 18 fg.

5 [Savigny §. 27.] P. Verloren het constitutum possessorium in het

Romeinsche recht. Utrecht 1867. [Exner Tradition S. 142 fg. und krit. Vjschr. XIII. S. 308 fg.] Ruhstrat über d. const. poss. in d. dogm. Jahrb. XIV. 7. [und in Bödiker's Mag. III. S. 249 fg. Exner, Behrend, Leonhard in den Verh. des 15. deutschen Jur.Tag. I. S. 8 fg. 72 fg. 91 fg. (Gutachten), ferner II. S. 84 fg. (Verhandlung); dazu Leonhard in d. Beitr. z. Erl. d. deutsch. R. XXV. S. 514 fg. Wächter II. S. 70 fg. Harburger das const. poss. 1881 (drbr. Leonhard krit. Vjschr. XXIII. S. 311 fg. Krasnopolski in d. Wiener Ztschr. IX. S. 419 fg.) Kohler Gesamm. Abh. Nr. 1. S. 6 fg., 36 fg. Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. IX. S. 64 fg. Entgegen der unter den Aelteren verbreiteten Ansicht, welche in dem const. poss. einen „wunderbaren" Fall fingirter Tradition erblickte, hat Savigny die im Texte angegebene richtige Ansicht zu allgemeiner Anerkennung gebracht. So selbstverständlich, wie er meint (S. 319), ist aber das const. poss. nicht. Es steht zwar in keinem logischen Widerspruch mit dem an die Spitze von Anm. 1. zu §. 145. gestellten Satze (denn zu dem Vertrage über das Eigenthum muß hier noch ein zweiter über den Besitzwechsel hinzutreten), aber, wenn schrankenlos zugelassen, in einem legislativen (Leonhard und Harburger leugnen dies, indem sie den natürlichsten Zweck des Traditions-Erfordernisses bei der Uebereignung, die Sicherheit des Verkehrs, in Abrede stellen). Deshalb verlangt die Mehrzahl der Neuern, seit Exner's verdienstlichen Ausführungen, eine causa, auf Grund deren die Detention der tradirten Sache vorerst beim Geber bleibt (pignus, locatio ...). So Behrend, Meischeider S. 290, Liebe Besitz S. 136 (noch strenger als Exner), Windscheid (Näheres s. bei diesem §. 155. A. 8a). Dagegen freilich neuerdings Duncker S. 244 fg. (eine Mittelmeinung vertritt Randa 3. Aufl. S. 465 fg.]

## §. 141.

### b) Ohne Willen des Erwerbers.

Von der Regel, welche zum Besitzerwerb durch einen Andern den Besitzeswillen des Erwerbers erfordert, sind folgende Ausnahmen zugelassen: 1) Kinder in väterlicher Gewalt (und nach römischem Recht Sklaven) erwerben für das Peculium (ex peculiari causa) Besitz ohne Wissen und Willen des Vaters (oder Herrn)[a]. Diese Ausnahme wird zwar erklärt durch Bezugnahme auf die in der Einräumung des Peculium enthaltene allgemeine Ermächtigung[b], aber es wird zugleich anerkannt, daß auf solche Weise auch diejenigen Besitz erwerben können, welche das Peculium nicht eingeräumt haben oder als Willensunfähige nicht einmal einräumen könnten[c]. 2) Für Bevormundete wird durch ihre Vormünder[d], für juristische Personen durch ihre gesetzlichen Vertreter[e] Besitz erworben, wenngleich jene selbst des Willens zu besitzen natürlich unfähig sind[f]. Durch diese Ausnahme ist für solche Personen das wichtige Recht des Besitzes überhaupt möglich gemacht (§. 137).

[a] L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 4. 24. D. h. t. L. 31. §. 3. D. de usucap. 41. 3. [b] L. 1. §. 5. cit. cf. L. 44. §. 1. D. ibid. [c] L. 1. §. 5. in f. L. 32. §. 2. in f. D. h. t. [d] L. 1. §. 20. D. h. t. L. 13. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1. [e] L. 1. §. ult. L. 2. D. h. t. [f] L. 1. §. 3. 5. in f. 9..11. D. h. t. L. 26. Cod. de donat. 8. 53 (54).

Anm. Ueber die Frage, ob ein Unmündiger, zumal ein Infans auch ohne Mitwirkung des Tutors Besitz erwerben könne? vgl. a) L. 1. §. 3. D. h. t. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt; eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant. b) L. 32. §. 2. D. h. t. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris; utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem (andere Lesart *infanti accipiendi* oder *accipienti poss.*). Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest; item infans peculiari nomine per servum possidere potest. (Die Inscription dieser Stelle lautet: *Paulus lib. 15. ad Sabinum*, was mit der Reihenfolge der Pandektenfragmente übereinstimmt (§. 8. A.); nach Angabe des Alciatus hatten aber andere Hdschr. *Papinianus lib. 11. Respons.* Eine Hdschr. hat *Pomp.*) c) L. 3. Cod. h. t. (Imp. Decius A. Ruf(in)o). Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus (al. *effectus*), possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti viri consultissimi Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. — Savigny a. a. O. §. 21. und im Syst. III. S. 49..54. Vangerow §. 204. A. 1., Puchta über den Besitzerwerb eines Kindes im Rh. Mus. V. 3. (kl. civ. Schriften Nr. 19.). Denzinger im civ. Arch. XXXI. 7. 13. Lenz S. 158..168. Rudorff Anh. 77. Ihering a. a. O. S. 157. Wetter l. c. S. 140 fg. A. 3. Esmarch a. a. O. S. 71 fg. [Dunker S. 221 fg.]

## F. Verlust des Besitzes.

### §. 142.

#### 1) Im Allgemeinen.

Von der natürlichen Auffassung des Sachbesitzes als einer mit dem entsprechenden Willen geübten thatsächlichen Herrschaft über eine Sache möchte man zu dem Schlusse kommen, daß der Besitz immer endige oder unterbrochen werde, sobald entweder das körperliche Verhältniß unmittelbarer Gewalt über die Sache oder die bewußte Richtung des Willens auf dieselbe eine Unterbrechung erleidet. Darnach würde der Besitz ein Verhältniß von solcher Unsicherheit und Wandelbarkeit sein, daß es kaum statthaft wäre, mit der Existenz und Dauer desselben erhebliche juristische Wirkungen zu verbinden. Da aber der Besitz als die thatsächliche Eigenthumsherrschaft über die Sache rechtlich geschützt wird, so ist folgerichtig der einmal erworbene Besitz so lange als fortdauernd anzusehen, als nicht die Beziehung zur Sache, wodurch sich Jemand thatsächlich als deren Eigenthümer darstellt, durch den Willen desselben oder andere entgegentretende Umstände aufgehoben wird (§. 139). Daher hat denn der Besitz freilich ein Ende, wenn entweder der Besitzer den Willen

zu besitzen aufgibt[a], oder ohne seinen Willen die Sache seiner thatsächlichen Herrschaft ganz entzogen wird[1], sei es, daß ein Andrer sich der Sache bemächtigt[b], oder daß diese sonst irgendwie in eine Lage gebracht ist, welche die Fortdauer der thatsächlichen Eigenthumsherrschaft des bisherigen Besitzers über dieselbe ausschließt[c]. Dabei ist denn in Betracht zu ziehen, von welcher Art die Sache ist und wie dieselbe im Leben auch von Seiten der wahren Eigenthümer behandelt zu werden pflegt[2]. In Ansehung des Besitzes von Grundstücken insbesondere aber ist als Regel angenommen, daß derselbe durch eigenmächtige Besitznahme von Seiten eines Andern ohne Wissen des bisherigen Besitzers diesem noch nicht sofort, sondern erst alsdann verloren ist[d], wenn er dessen kundig den Besitz dagegen zu behaupten entweder vergeblich den Versuch macht, also wider Willen des Besitzes entsetzt wird, oder darauf ganz verzichtet, also in den Verlust des Besitzes mit seinem Willen sich ergibt[3]. Durch seinen Willen aber kann nur derjenige den Besitz verlieren, welcher die dazu erforderliche Willens- oder Handlungsfähigkeit hat, nämlich fähig ist, den im Besitze liegenden Rechtsvortheil aufzugeben[e]. Der Wille, den Besitz aufzugeben, kann wesentlich darauf gerichtet sein, denselben einer bestimmten andern Person einzuräumen, auf diese zu übertragen; alsdann erscheint er als bedingt dadurch, daß diese wirklich den Besitz erwerbe, und bewirkt den Verlust des Besitzes für den bisherigen Besitzer nicht, wenn jenes nicht der Fall ist[4]. Uebrigens wird zum Verlust des Besitzes durch den Willen des Besitzers nicht gerade erklärter Wille, nicht ferner zu besitzen, vorausgesetzt; der Besitz erscheint auch dann als aufgegeben, wenn der Besitzer die Sache fortgesetzt in einer Weise vernachlässigt, oder zu derselben sich verhalten hat, wie es mit fortdauerndem Eigenthumswillen nicht verträglich erscheint[5].

Anm. [1] Für den Verlust des Besitzes stellt die nach der Ueberschrift aus Pauli lib. LXV. ad edictum entlehnte L. 153. D. de R. J. folgende Regel auf: Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur, quum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Die letzte Hälfte dieser Stelle findet sich eben so, nur mit Quemadmodum beginnend, in L. 8. D. h. t., welche dieselbe Ueberschrift hat. Dagegen sagt L. 44. §. 2. D. h. t. „possessionem amitti *vel* animo *vel* etiam corpore", und L. 3. §. 6. eod. „amitti et animo solo potest". Wie

[a] L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 30. §. 4. cf. L. 12. §. 1. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. L. 33. §. 2. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 9. D. quod met. 4. 2. [b] L. 3. §. 9. 18. L. 15. D. h. t. L. 1. §. 45. 47. D. de vi. 43. 16. cf. L. 1. §. 14. L. 13. pr. in f. L. 15. in f. D. h. t. [c] L. 3. §. 13.. 17. L. 13. pr. L. 25. pr. L. 47. cf. L. 44. pr. D. h. t. L. 3. §. 2.. L. 5. pr. §. 4. 5. D. de acquir. dom. 41. 1. [d] L. 3. §. 7. 8. L. 6. 7. L. 25. §. 2. L. 27. 46. D. h. t. L. 1. §. 24. D. de vi. 43. 16. [e] L. 29. D. h. t. cf. L. 27. eod.

damit L. 8. und L. 153. citt. zu vereinigen, insbesondere über die Bedeutung des utrumque vgl. L. 10. §. 13. D. de grad. 38. 10. „per utrumque parentem, id est aut per matrem tantum aut per patrem aut per utrumque". L. 16. D. de legat. II. L. 8. §. 4. i. f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Savigny Recht des Besitzes §. 30. 7. Aufl. S. 330 fg. und Rudorff's Anh. Nr. 98..102. Windscheid §. 156. Randa §. 21. 22. Aber auch Ihering a. a. O. 2. Aufl. S. 168 fg. 220 fg. Brinz 2. Aufl. §. 141. [Meischeider §. 69 fg. Leist über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte. 1876. S. 44 fg. Bekker S. 218 fg. 231. und Note 1. — Zu dem ganzen §. ist zu vgl. Kindel §§. 14. 15.]

2 Vgl. Ihering a. a. O. S. 209 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 156. A. 7. [Dagegen Wächter II. S. 73.]

3 Insofern auch hier „animo amittitur possessio fundi"; bis dahin „animo (oder solo animo) retinetur". Savigny a. a. O. §. 31. 7. Aufl. S. 347 fg. [Wächter II. S. 65.] Vgl. dazu, insbesondere über die Fragen: ob nicht der Occupant inzwischen doch Dritten gegenüber quoad interdicta besitze? ob die Regel auch Anwendung finde, wenn Jemand das Grundstück in gutem Glauben occupirt oder dasselbe einem Dritten übergeben hat? wie es sich verhalte, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß gegen den Occupanten alsbald seinen Besitz zu behaupten gehindert ist? Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 46 fg. [Besitzklagen S. 134 fg.] und vorzüglich Witte in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. S. 255 fg. Rudorff zu Savigny Anh. 106..110. 112. Windscheid §. 156. A. 4. 8. 9. [Randa 3. Aufl. §. 22. A. 34. Wendt S. 226 fg. Duncker S. 180 fg.]

4 L. 34. pr. D. h. t. (Ulp.) Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quamvis (Flor. *quoniam)* autem in corpore non consenserimus (Flor. *in corpore consenserimus*), an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo acquiri possessio potest, numquid etiam acquisita est? Sed non puto errantem acquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione. Dagegen L. 18. §. 1. eod. (Celsus). Si furioso, quem sanae (Flor. *suae)* mentis esse existimas, .... rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; imo vult dimittere, quia existimat se transferre. Vgl. Böcking Inst. §. 125. not. 15. „Offenbar nimmt hier Celsus eine andre Absicht im Tradenten an, als Ulpian (in L. 34. pr. cit.), und beide Stellen widersprechen sich einander nicht". Dagegen Scheurl Beitr. I. S. 204. „Der Widerspruch ist handgreiflich, aber ... ohne Bedenken die historische Vereinigung anzuwenden". Windscheid 4. Aufl. §. 156. A. 10. „Die erste Meinung ... ist offenbar die richtigere, weil beide Theile der Willenserklärung in unzertrennbarer Verbindung stehen, ... und wäre daher vorzuziehen, auch wenn nicht schon die historische Vereinigung zu demselben Resultate führte". A. M. Brinz 1. Aufl. S. 71., der die Entscheidung des Celsus „nicht so nützlich, aber richtiger" als die Ulpian's findet. [Aehnlich Meischeider §. 70.] Vgl. auch Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 42. Lenz S. 230 fg. Randa §. 22. A. 9., gegen diesen aber Exner Tradition S. 13. A. 30. [und wieder

Randa 2. Aufl. §. 22. A. 7 a.] Nur auf unbewegliche Sachen will L. 34. pr. cit. beschränken Jhering a. a. O. S. 201. A. 181 b. Aber warum soll nicht dasselbe gelten, wenn z. B. A. die Säule von rosso antico tradiren will, B. die daneben liegende von giallo antico zu erwerben meint? Esmarch a. a. O. S. 49 fg. Sohm in d. Ztschr. f. Handelsr. XVII. S. 20 fg. Dernburg preuß. Privatr. §. 155. A. 10. Brinz 2. Aufl. §. 141. A. 7 fg. [Eigenthümlich Liebe S. 110 fg., 122 fg. Gegen ihn Duncker S. 178 fg.]

[5] So Jhering a. a. O. S. 210 fg. arg. L. 3. §. 10. 13. L. 13. pr. L. 47. D. h. t. L. 40. §. 1. eod. L. 37. §. 1. D. de usurp. 41. 3. cf. L. 4. Cod. h. t. 7. 32. Vgl. aber Brinz 2. Aufl. §. 141. A. 21 fg. [Randa 3. Aufl. S. 328 fg. 482 fg. Duncker S. 177.]

## §. 143.

### 2) Im Falle der Stellvertretung.*

Wird der Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt, so behält ihn der Besitzer unzweifelhaft so lange, als er nicht selbst den Willen zu besitzen aufgibt und in seinem Namen der Vertreter die Sache innehat[a]. Er verliert ihn aber auch nicht dadurch allein, daß der Stellvertreter stirbt oder willensunfähig wird[b], oder [1] die Detention aufgibt[c]; — und wenn derselbe den Willen faßt, fortan für sich selbst oder für einen Dritten zu besitzen, so wird dadurch in jedem Falle der Besitz erst, wenn dieser Wille sich erkennbar an den Tag gelegt hat[d], und der Besitz eines Grundstücks insbesondere dem bisherigen Besitzer erst, nachdem ihm davon Kunde geworden ist, entzogen[2]. Verloren aber ist diesem der Besitz sofort, wenn dem Stellvertreter gegen seinen Willen die Detention der Sache entzogen ist[e].

* [Vgl. nun Bekker S. 219 fg. Wächter II. S. 76 fg. Duncker S. 191 fg.]

Anm. [1] L. 12. Cod. h. t. (Justinian). Ex libris Sabinianis quaestionem in divinas nostri numinis aures relatam tollentes definimus: ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, etc. Vgl. a) L. 40. §. 1. D. h. t. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur (*continuaretur?*); quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum quum dominus possessionem apisci neglexerit. Aliud (*Idem?*) existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit; sed haec ita esse vera, si nemo extraneus

[a] L. 9. D. h. t. L. 1. §. 45. D. de vi. 43. 16. cf. L. 20. D. h. t. [b] L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. D. h. t. [c] L. 3. §. 8. 9. D. h. t. L. 31. D. de dolo. 4. 3. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 31. L. 40. §. 1. D. h. t. L. 44. §. 2. D. ibid. L. 33. §. 4. D. de usucap. 41. 3. [d] L. 3. §. 18. L. 47. D. h. t. L. 1. §. 2. L. 68 (67). pr. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 32. §. 1. D. h. t. — L. 12. 18. pr. D. de vi. 43. 16. [e] L. 1. §. 22. D. eod.

eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. Die Flor. hat die Lesart *Aliud* und damit stimmen auch die Basiliken überein (L. 2. cap. 40.: *ἕτερον*). Einige Handschriften aber haben *Idem*, und diese zieht Savigny vor; dafür spricht auch der Pluralis: *haec ... vera;* dagegen aber erklärt sich Rudorff Anhang 116. b) L. 3. §. 8. eod.... Quodsi servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem (*sc. fundi*). §. 9. Et si alii tradiderim, amitto possessionem. Nam constat possidere nos *(sc. fundum),* donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus. — Streitfrage: ob Justinian's Decision sich nur auf den Fall beziehe, wenn der Stellvertreter den Besitz bloß verläßt? Vangerow §. 209. Witte a. a. O. S. 270 fg., oder auch auf den Fall, wenn er denselben einem Dritten treulos übergibt, d. h. den Besitz aufgibt zu dem Zweck und mit dem Erfolge, daß sofort der Dritte sich in den Besitz setze? Savigny §. 33. Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 43. Sie ist unerheblich in Beziehung auf bewegliche Sachen, weil hier der Besitz doch verloren ist durch contrectatio rei (auf solche bezieht sich L. 33. §. 4. D. 41. 3.), erheblich aber für unbewegliche Sachen, weil an diesen nach der letzten Ansicht der Besitz erst verloren sein würde, wenn der Besitzer von der fremden Besitzergreifung Kunde erhalten hat und sich dabei beruhigt oder zurückgewiesen wird. Vgl. Kierulff I. S. 398. Dieser Ansicht entspricht sowohl der Ausdruck als die erklärte Intention der L. 12. cit. und sind damit auch L. 40. §. 1. in f. und L. 44. §. 2. D. h. t. wohl vereinbar. Windscheid 3. Aufl. §. 157. A. 8. „Da hier der Vertreter sich nicht als Vertreter gerirt, so muß das Gleiche gelten, als wenn gar kein Vertreter da wäre". Wetter l. c. S. 211 fg. Randa §. 23. A. 7. Vgl. dagegen wieder Ihering S. 114 fg. 215. und andrerseits Windscheid 4. Aufl. A. 4. Brinz 2. Aufl. §. 142. [und wieder anders Bruns Besitzkl. S. 108 fg.; vgl. Randa 3. Aufl. §. 23. A. 7.] — Ein anderer Fall, den L. 25. §. 1. D. h. t. berührt („aut alii locent"), ist der, wenn der Stellvertreter im Besitz nur die Detention einem Andern überläßt, der selbst auch wieder nur alieno nomine detinirt, z. B. wenn der Pächter unterverpachtet, der Depositar die Sache bei einem Andern hinterlegt. Dadurch wird der Besitz des Verpächters oder Deponenten gar nicht afficirt. [Ist es Besitz-Entziehung, wenn der Detentor die Rückgabe verweigert, weil er z. B. als Miether weiter detiniren will? Für die Verneinung Wendt S. 239 fg., für die Bejahung Exner krit. Vjschr. XXVI. S. 64. Vgl. überhaupt Windscheid II. §. 400. A. 7. und die dort Citirten; u. oben §. 135. A. 7.]

[2] Vgl. darüber mit Savigny 7. Aufl. S. 364 fg. Schirmer in Linde's Ztschr. n. F. XI. 12. und Witte das. XVIII. S. 293 fg. Windscheid §. 157. A. 6. vgl. Randa §. 23. A. 10.

## III. Eigenthumserwerb [a].

### §. 144.

Das Eigenthum einer Sache erwirbt man unter verschiedenartigen thatsächlichen Voraussetzungen entweder als Rechtsnachfolger des bisherigen Eigenthümers, oder unabhängig von dem bisherigen Recht eines Andern (§. 56). Daraus ergibt sich die wichtigste Eintheilung der Erwerbarten des Eigenthums, in abgeleitete oder derivative, und

[a] §. 11..48. J. de rerum divisione. 2. 1. Dig. de acquirendo rerum dominio. 41. 1.

ursprüngliche oder originäre. Unter den letzten gibt es einige, die Eigenthum des Erwerbers an einer anderen Sache zur Voraussetzung haben, andere sind auch davon unabhängig. Nach diesen Unterschieden sind die Erwerbarten in den folgenden §§. geordnet. Die römische Eintheilung der Eigenthumserwerbarten in natürliche und civilrechtliche (naturales oder iuris gentium und civiles acquisitiones) ist für das System des geltenden Rechts von keiner Bedeutung.

[Anm. J. Stern der Unterschied zw. civilen und naturalen Eigenthumerwerbsarten. Würzburg 1882. Die Literatur daselbst in §. 1.]

## A. Abgeleiteter Erwerb des Eigenthums.

### §. 145.

### 1) Durch Uebergabe. Tradition.

Um das Eigenthum einer Sache durch eine Handlung unter Lebenden auf einen Andern zu übertragen, genügt nach römischem Recht regelmäßig nicht die bloße Willenserklärung des Gebers und Erwerbers; es muß die Ueberlassung des Besitzes der Sache, Tradition, hinzukommen[a]. Durch diese, nicht durch den Vertrag allein, wird das Eigenthum erworben[1]. Die Erfordernisse dieser Erwerbart sind folgende: 1) Der Geber muß, als Eigenthümer[b] oder anstatt desselben[c], das Eigenthum zu übertragen befugt, der Empfänger dasselbe zu erwerben fähig sein. 2) Der Erwerber muß, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter den juristischen Besitz der Sache erlangen, und zwar mit dem Willen des bisherigen Eigenthümers oder desjenigen, der in dessen Namen handelt[d]. Hatte jener bisher schon den juristischen Besitz der Sache, so bedarf es freilich nur noch der Einräumung des Eigenthums, sog. *brevi manu traditio*[e]. Ist aber ein Dritter im Besitz, so kann der Eigenthümer wohl die Ermächtigung geben, sich den Besitz zu verschaffen, insbesondere auch seine Eigenthumsklage zu diesem Zwecke abtreten, das Eigenthum aber wird hier erst durch die wirklich nachfolgende Erlangung des Besitzes erworben[f]. 3) Die Ueberlassung des Besitzes muß in der gegenseitig erklärten Willensmeinung geschehen, das Eigenthum der Sache zu übertragen, beziehungsweise (für sich oder für einen Andern) zu erwerben[g]. In dieser Beziehung aber ist zu beachten:

[a] L. 20. Cod. de pactis. 2. 3. L. 50. pr. D. de rei vind. 6. 1. L. 15. Cod. eod. 3. 32. [b] L. 20. pr. §. 1. D. h. t. 41. 1. pr. §. 2. J. quib. alienare lic. 2. 8. (§. 132.). [c] §. 42. 43. J. h. t. 2. 1. L. 9. §. 4. D. h. t. L. 46. eod. §. 1. J. quib. alienare lic. 2. 8. (§. 127. [?]). [d] L. 5. 33. D. de poss. 41. 2. (§. 139..141.) cf. L. 65. pr. D. h. t. L. 14. §. 17. D. de furt. 47. 2. — L. 2. §. 5. L. 6. D. de donat. 39. 5. — L. 9. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. [e] §. 44. J. h. t. L. 9. §. 5. L. 21. §. 1. D. h. t. L. 46. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 21. 47. D. de rei vind. 6. 1. L. 13. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). [g] §. 40. J. h. t. L. 9. §. 3. D. h. t. L. 55. D. de O. et A. 44. 7.

a) Der Wille muß beiderseits auf die wirklich übergebene Sache gerichtet sein[h], so zwar, daß der eine das Eigenthum dieser Sache für sich oder einen Dritten erwerben, der andere das Eigenthum an dieser selben Sache als sein oder eines Dritten Eigenthum aufgeben will[2]. b) Das Eigenthum wird keinem andern erworben, als welchem der Tradent dasselbe veräußern wollte, wenn dessen Wille auf eine bestimmte Person als Erwerber gerichtet ist[i]; dieses aber braucht nicht nothwendig[k] der Fall zu sein[3]. c) Dem Willen der Eigenthumsübertragung liegt immer irgend eine rechtliche Absicht zum Grunde, in welcher diese vorgenommen wird, z. B. um zu schenken, oder eine Verbindlichkeit zu erfüllen, oder eine Verbindlichkeit zu begründen, *causa traditionis*[l]. Das Eigenthum wird nicht übertragen, wenn die Veräußerung der Sache aus diesem Grunde rechtlich unstatthaft ist[m]; es ist *iusta* causa traditionis erforderlich[4]. Es ist aber weder erforderlich, daß ein Rechtsgrund der Eigenthumsübertragung (d. i. ein rechtlicher Grund, warum diese gewährt werden muß) schon vor der Uebergabe (außerhalb derselben selbständig bestehend) gegeben sei[n], noch, daß überhaupt ein solcher wirklich bestehe[o], noch auch, daß die Absicht, in welcher sie geschieht, rechtlich gebilligt sei[p], und der Uebergang des Eigenthums wird auch dadurch nicht gehindert, daß Geber und Empfänger rücksichtlich des Grundes der Eigenthumsübertragung verschiedener Meinung sind[q], wenn nur der Wille, Eigenthum zu übertragen, beziehungsweise zu erwerben, zusammentrifft[5]. d) Der Wille, das Eigenthum zu übertragen, kann ein bedingter sein[r]; alsdann geht das Eigenthum, ungeachtet der geschehenen Uebergabe, erst durch Erfüllung der Bedingung auf den Empfänger über[6]. Bei der Uebergabe auf Grund des Verkaufes wird nach rechtlicher Vorschrift[s] die Befriedigung des Verkäufers stillschweigend als Bedingung der Eigenthumsübertragung angenommen, wenn dieser nicht dem Käufer Zahlungsaufschub gestattet[7].

Anm. [1] L. 20. Cod. 2. 3. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. Doch ist nicht ein Uebergeben der Sache im eigent-

[h] L. 2. §. 6. D. pro emtore. 41. 4. L. 34. pr. §. 1. D. de poss. 41. 2. cf. L. 36. D. h. t. [i] L. 13. D. de donat. 39. 5. (§. 140.). L. 43. §. 1. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 13. pr. L. 20. §. 2. L. 59. D. h. t. L. ult. Cod. si quis alteri. 4. 50. L. 2. Cod. de his qui a non dom. 7. 10. [k] §. 46. J. h. t. L. 9. §. 7. D. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. pro derelicto. 41. 7. [l] L. 67 (65). §. 4. D. ad Sc. Treb. 36. 1. (§. 80. A. 2.) [m] L. 5. §. 18. L. 36. pr. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 2. D. pro donato. 41. 6. Ulp. XIX. 7. [n] L. 9. §. 4. D. h. t. L. 10. D. de donat. 39. 5. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. pr. §. 2..4. D. de reb. cred. 12. 1. Dig. de cond. causa data. 12. 4. cf. L. 31. pr. D. h. t. [o] L. 6. Cod. si quis alt. 4. 50. Dig. de cond. indeb. 12. 6. [p] L. 5. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 1. §. 2. L. 2. D. de cond. ob turpem caus. 12. 5. [q] L. 36. D. h. t. cf. L. 55. D. de O. et A. 44. 7. L. 18. pr. D. de reb. cred. 12. 1. [r] L. 38. §. 1. in f. D. de poss. 41. 2. L. 2. §. 5. D. de donat. 39. 5. cf. L. 9. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. [s] §. 41. J. h. t. L. 19. 53. D. de contrah. emt. 18. 1.

lichen Sinn wesentlich erforderlich. „Das Wesentliche ist, daß der Wille, Eigenthum zu geben und zu erwerben, in dem Besitz des Erwerbers sich verkörpere". Puchta §. 148. Böcking Inst. §. 126. A. 6. §. 153. A. 7..14. (not. d..f.), vgl. Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XX. S. 56 fg. [Die Tradition die Form des Eigenthumsübertragungsvertrages? So Windscheid §. 171. vgl. §. 172. A. 16a. Exner Rechtserw. durch Trad. S. 7 fg. vgl. S. 82 fg. Wächter II. S. 107. Kohler Gesamm. Abh. Nr. 1. S. 1. Note **. Dagegen Brinz 2. Aufl. S. 588. Bekker Rt. d. Bes. S. 86 fg. Vermittelnd Karlowa Rechtsgeschäft S. 217.] — Eine Ausnahme von obiger Regel (einen sog. *transitus legalis*) zu Gunsten der Kirchen hat man [schon die Glosse: Landsberg die Glosse des Accursius S. 108 fg.] mit Unrecht zu finden geglaubt in L. 23. §. 4 (1). Cod. de ss. eccles. 1. 2., was neuerdings noch vertheidigt wurde von Thibaut im civ. Arch. XX. 1., dem jetzt auch Windscheid §. 171. A. 2. zustimmt. Dagegen Vangerow §. 311. A. 4. [Vgl. jetzt Brunner in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. S. 142]. Mag aber auch mit Recht die bei dieser Gelegenheit von Thibaut geäußerte Ansicht, jene Regel sei „das Kahlste auf der Welt" und eine bloße „Albernheit", mißbilligt werden, so ist es andrerseits nicht minder falsch, daraus das Princip zu machen, daß durch Verträge „nur Obligationsverhältnisse", also überhaupt keine dinglichen Rechte entstehen können. Vgl. Böcking Inst. §. 153. A. 24. — Besser begründet scheint eine andere Ausnahme, rücksichtlich der Entstehung des Miteigenthums bei der societas omnium bonorum, nach L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. 17. 2. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur (Paul.); quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire (Gai.); cf. L. 4. Cod. comm. utr. iud. 3. 38. Doch hat man auch diese durch Annahme eines Constitutum possessorium (§. 140.) zu erklären versucht: Savigny Besitz (7. Aufl.) S. 322; dagegen jedoch Puchta kl. Schriften S. 439. Inst. §. 241. A. c. Böcking Inst. §. 124. A. 46. §. 142. A. 23., dafür wieder Windscheid a. a. O. [Wächter II. S. 108. Note 8.] — Ueberhaupt Heimbach im Rtslex. XI. S. 544..567. Dazu: A. Exner d. L. v. Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem und österr. Recht. 1867. (Drbr. Unger in d. krit. Vjschr. X. S. 249 fg.). Vgl. auch Leist Mancipation und Eigenthumstradition. 1865 (drbr. Bekker krit. Vjschr. IX. S. 232 fg.). Windscheid 4. Aufl. §. 172. Goldschmidt Handelsrecht I. §. 79. Brinz 2. Aufl. §. 150. 151. [Bähr Urtheile d. Reichsger. Nr. IX. S. 68 fg.] — Ueber sog. symbolische Tradition insbesondere Exner S. 152..252. [Ueber die Erwerbung des Eigenthums an Briefen vgl. Steinbach über Eig. an Briefen nach österr. R. 1879. S. 4 fg. Eigenthumserwerb an zugesendeten Waaren: Hanausek Haftung des Verkäufers II. (1884). §. 40.]

2 [Daß der animus *dominii* transferendi Voraussetzung der Wirksamkeit der Tradition sei, bestreitet Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 173 fg., indem er der herrschenden Lehre vorwirft, daß sie „vor lauter Eigenthumsrecht die Sache selbst zu übersehen" geneigt sei. Aber vgl. Bruns Kl. Schr. II. S. 454 fg.: „Der Laie denkt nicht juristisch, sondern praktisch, aber indem er bestimmte praktische Verhältnisse fest und sicher haben und begründen will, will er sie auch rechtlich."] Ob auch ein Irrthum in Ansehung des Eigenthums den Uebergang desselben hindere, ist freilich bestritten. L. 35. D. h. t.: Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit. Cf. L. 10. §. 1. D. de cur. fur. 27. 10. Auf den Fall eines error in corpore wird L. 35. cit. gedeutet von Thibaut Vers.

II. 4. Nr. II. Savigny III. S. 355. not. b., aber nicht entsprechend ihrer Fassung, und im Widerspruch mit L. 15. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit. Vangerow §. 311. A. 3. Puchta §. 148. not. i. Böcking Inst. §. 153. A. 38. Auch nöthigt nicht zu jener Annahme, vielmehr steht richtig erklärt [derselben — mit Unrecht will Wächter II. S. 114. Note 39. ein „nicht" einfügen —] entgegen L. 49. D. mand. 17. 1. Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra, ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de iure evictionis (et de mandato) quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco (mandati eum non teneri, sed contra) mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo *(emtore?)* vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem (Flor. *venditionem)* testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem. Scheurl Beitr. I. S. 192 fg. und in d. Jahrb. für Dogm. II. S. 13 fg. Jhering das. [I. S. 306. Note 35. II.] S. 149 . . 180. Die von dem letzten gegebene Erklärung, wornach hinter „emisset" hinzuzudenken ist „a me" und angenommen wird, daß die Sache dem Erblasser des Titius noch nicht tradirt war, ist durchaus befriedigend. Wohl zu beachten ist aber, daß weder ein Irrthum des Tradenten über den Grund seines Eigenthumserwerbs, noch die Unkenntniß seines wirklich vorhandenen Eigenthums, wenn er in eigenem Namen die Sache veräußert, den Uebergang des Eigenthums hindert. Jhering a. a. O. S. 155 fg. [Andere Erklärungen bei Eck d. Verpflichtung d. Verkäufers z. Gewährung d. Eig. 1874. S. 32. A. 3. Bernhöft Besitztitel 1875. S. 81 fg. Karlowa Rechtsgesch. S. 67 fg. Amann über d. Begriff des proc. u. d. mand. 1879. Huschke im civ. Arch. LXII. 7. S. 332 fg. Aber vgl. dagegen Brinz ebda. LXIII. 12. S. 319 fg. Neuerdings (gegen Jhering) Schwemann im civ. Arch. LXVI. 3. S. 112 fg.; (gegen Brinz) Tewes in d. Wiener Ztschr. X. 3. S. 74 fg. Eine andere Erklärung bei Esmarch Noch ein Wort z. Construction d. zweiten Falles in L. 49. mand. 1883. Vgl. auch Zitelmann Irrth. u. Rechtsgesch. S. 535 fg. und Leonhard Irrthum S. 475 fg., vgl. S. 430 fg. Ueber die Ansichten der Glosse: Landsberg die Glosse des Accursius S. 121 fg.]

[3] L. 9. §. 7. D. h. t. Hoc amplius interdum et in incertam personam collocata voluntas domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia iactat in vulgus, etc. cf. L. 5. §. 1. D. pro derel. 41. 7. [Vgl. Kuntze d. Provinzialjurist Gaius, wissensch. abgeschätzt. Leipz. Progr. 1883. S. 22 fg.] Demnach kann auch der (stille) Stellvertreter, der erweislich in dieser Absicht die Sache empfängt, dem Mandanten sofort Eigenthum erwerben, wenngleich der Tradent nicht weiß, daß jener im Auftrag eines Andern und in wessen Auftrag er empfange: womit die Stellen in not. i. nur scheinbar in Widerspruch stehen. Puchta de dominio rerum per procuratorem adquirendo disputatio. 1842. (kl. Schriften Nr. 32.) Vgl. L. 1. §. 20. D. de poss. Scheurl a. a. O. S. 205 fg. Böcking §. 153. A. 19. Brinz 1. Aufl. §. 55. a. E. (vgl. 2. Aufl. §. 140. A. 23 fg. §. 151 a. E.) Dagegen jedoch erklärt sich Jhering a. a. O. I. S. 324 fg. Pagenstecher II. S. 204 fg. Aber gegen sie ist die Richtig-

keit jener Ansicht überzeugend vertheidigt von Bremer in Linde's Ztschr. n. F. XX. 2. Vgl. auch Vangerow §. 311. A. 1. Windscheid §. 172. A. 11..13. Randa §. 20. A. 21. Exner S. 138 fg. — Andrerseits wird dem Mandanten, welchem der Tradent es erklärter Maßen zugedacht hat, das Eigenthum erworben, wenn gleich der Bevollmächtigte für sich die Absicht hegt, dasselbe für einen Andern oder für sich selbst zu erwerben, L. 13. D. de donat. (§. 140. A. 4.); und es wird gar nicht veräußert, wenn ein bloß angeblicher Stellvertreter in solcher Absicht die Sache übernimmt, während der Tradent nur in der Absicht, der angeblich vertretenen Person das Eigenthum zu übertragen, dieselbe übergibt. L. 43. §. 1. D. 47. 2. Vgl. Exner S. 131 fg. — Einige Fälle aber gibt es, wo Jemand ausnahmsweise für einen Andern erwirbt, ohne dessen Stellvertreter sein zu wollen, mit der Wirkung, daß jener wenigstens durch utilis rei vindicatio die Sache ohneweiters als die seinige in Anspruch nehmen kann, nämlich: a) Mündel können die Sachen, welche der Vormund mit ihrem Gelde für sich angeschafft hat, vindiciren: L. 2. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 3. Cod. arb. tut. 5. 51. [Drey die ut. act. ad rem vindicandam des Pfleglings. München 1882. (Drbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. X. S. 445 fg.)]; b) ebenso Soldaten die mit ihrem Gelde erkauften Sachen: L. 8. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. c) Die Frau kann im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Mannes die Sachen vindiciren, welche dieser mit dem von ihr geschenkten Gelde, ebenso wie die, welche er mit Dotalgeld für sich angeschafft hat, sofern sie noch vorhanden sind: L. 55. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 54. D. de iur. dot. 23. 3. Zwar macht Ihering (Jahrb. f. Dogm. I. S. 158 fg.) aus der rei vindicatio utilis in diesen und andern Fällen ein eigenthümliches Zwitterding von persönlicher und dinglicher Klage, eine verstärkte oder gesteigerte persönliche Klage gegen den Eigenthümer auf Uebertragung des Eigenthums. Aber diese neue Theorie der utilis rei vindicatio scheint mir weder quellenmäßig begründet, noch an sich beifallswürdig, wie dies im Einzelnen nachgewiesen ist von Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. 9. Vgl. auch Pagenstecher III. S. 22 fg. Windscheid §. 174. A. 9. Vgl. aber wieder Ihering in d. dogm. Jahrb. X. S. 517 fg. Anders Schulin über einige Anwendungsfälle der Publiciana actio 1873; drbr. Brinz krit. Vjschr. XVI. S. 251 fg. Czyhlarz in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 8. — Windscheid 4. Aufl. §. 174. A. 9. a. E. Brinz 2. Aufl. §. 152. [Wächter §. 143. Beil. I.]

4 Ueber die causa traditionis überhaupt vgl. vorzüglich Savigny Obl. II. §. 78; dann Bähr die Anerkennung S. 13 fg. Strempel über die iusta causa bei der Tradition. 1856. Exner a. a. O. S. 73..85. und Beil. 1. S. 317..337. Otto Mayer die iusta causa bei Tradition u. Usucapion. 1871. [eine scharfsinnige, aber verfehlte Arbeit], (drbr. krit. Vjschr. XIV. S. 481 fg.) Fr. Hofmann d. L. v. titulus .. u. d. iusta causa traditionis. Nr. II. S. 46 fg. 80 fg. [vgl. für dessen Ansicht über die causa trad.: L. 1. pr. L. 3..5. D. de Publ. 6. 2.] Lotmar über Causa S. 165 fg. [drbr. Eisele in d. krit. Vjschr. XX. S. 1 fg.] — Windscheid 4. Aufl. §. 171. A. 5. Brinz 2. Aufl. §. 150. A. 15..39. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 204 fg. Wächter II. S. 109. Hruza z. L. v. d. Novat. 1881. S. 49 fg.] Eigenthümliche Ansichten über die causa traditionis werden vorgetragen von Voigt über die condictiones ob causam §. 26..28. Er erkennt darin überall eine causa oder einen titulus obligationis, wozu die Tradition in solutorischer Beziehung stehe, „unterbreitet" aber dieser eine so „erweiterte Grundlage", daß der titulus obligationis sich in Nichts auflöst. Er findet, daß obiger Text unter c. sich in räthsel-

haften Antithesen bewege [s. dagegen Hofmann S. 139 fg.]; das Räthselhafte wird wohl durch die jetzt beigefügten Parenthesen in Vergleichung mit den Citaten in not. n. o. p. beseitigt sein. Uebrigens vgl. gegen Voigt H. Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 7 fg. Exner S. 318.

5 Ueber Irrthum oder Mißverständniß in Ansehung der Causa: L. 36. D. h. t. (Julian. lib. 13. Dig.). Quum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Dagegen: L. 18. pr. D. 12. 1. (Ulp. lib. VII. disput.). Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sint consumti. Ueber die mannigfaltigen Vereinigungsversuche vgl. Regenbrecht Comm. ad L. 36. D. de acquir. rer. dom. et L. 18. D. de reb. cred. Berol. 1820., insbesondere über die ältere Literatur das. pag. 69..109. Seuffert Erört. II. S. 24 fg. Vangerow §. 311. A. 3. Puchta §. 148. not. h. und Vorles. I. Beil. XV. Schmid Hdb. §. 8. A. 29. Scheurl a. a. O. S. 191 fg. Die meisten betrachten die L. 36. als die entscheidende Stelle und finden in L. 18. höchstens eine Ausnahme oder Modification der in jener ausgesprochenen Regel. Durch künstliche Erklärung der L. 36. cit. suchte zu helfen Wetzell Diss. „Lex. XII. tabb. rerum furtivarum usucapionem prohibet". Monachii 1840. pag. 64 fg., und in anderer Weise Hermann in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 233., beide unbefriedigend. Vgl. ferner Böcking Inst. §. 153. a. E. und Dernburg im civ. Arch. XL. 1. Pagenstecher II. S. 218. Schütze in Bekker's Jahrb. III. S. 429 fg. Exner S. 76 fg. 320 fg. Fitting im civ. Arch. LII. S. 401 fg. 407 fg. 415 fg. [Hofmann §. 7.] Ihering in d. dogm. Jahrb. XII. S. 389 fg. [Bernhöft Besitztitel S. 58 fg. Eisele in d. krit. Vjschr. XX. S. 4 fg. Huschke im civ. Arch. LXII. 7. S. 320 fg. Zitelmann Irrth. u. Rechtsgesch. S. 528 fg. bes. Note 498. Leonhard Irrth. S. 241. 267. A. 3., S. 270. 344 fg., 364. Kohler Gesch. Abh. S. 26 fg. 41 fg.] Windscheid 4. Aufl. §. 172. A. 15. Brinz 2. Aufl. §. 150. A. 34 fg. — Anders verhält es sich, wenn der Tradent irrthümlich einen Rechtsgrund voraussetzt, und der Empfänger in Kenntniß dieses Irrthums dennoch annimmt. L. 43. pr. D. de furt. 47. 2. L. 18. D. de condict. furt. 13. 1. cf. L. 3. D. pro suo. 41. 10. Vangerow III. §. 625. Nr. III.

6 Ein solcher Vorbehalt ist das sog. pactum reservati dominii, besonders beim Verkauf üblich. Vgl. Dunker im Rh. Mus. V. 4. 7. Vangerow §. 311. A. 2. Schmid §. 88. A. 77. [Stoffregen d. Eigenthumsvorbehalt nach gem. R. 1851. Inaug.-Diss.] Windscheid 4. Aufl. §. 172. A. 18. 18ᵃ. Thorsch das pactum reservati dominii (der Eigenthumsvorbehalt) 1875. (vrbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1875. Nr. 51. [Neurecht u. Gebundenheit II. S. 25 fg.]) — Zu L. 9. §. 1. cit. in not. r. vgl. E. Grueber Versuch einer Erklärung der L. 9. §. 1. D. de iure dotium. Windscheid §. 89. A. 6. [Schloßmann in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 452 fg.]

7 Ueber diesen Rechtssatz vgl. Exner a. a. O. Beil. 2. S. 338 fg. Fr. Hofmann

über das Periculum beim Kaufe. Beil. II. S. 169 fg. und dessen Beiträge z. Gesch. des griech. u. röm. Rechts Nr. III. S. 63 fg. Ad. Nissen die kaufrechtliche Tradition. (1869), und darüber Exner in krit. Vjschr. XI. S. 309 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 172. A. 19..19c. Brinz 2. Aufl. §. 151. A. 12..18.

## §. 146.
### 2) Durch richterlichen Zuspruch.

In den drei sog. Theilungsprocessen (§. 97. Anm. 7. §. 99. not. a.) kann der Richter nach Umständen einer Partei das Alleineigenthum der bisher gemeinschaftlichen Sache, beziehungsweise des streitigen Gränzstriches, oder eines reellen Theils davon zusprechen, *adiudicare*[a]. Dies Eigenthum wird so unmittelbar durch den rechtskräftigen richterlichen Zuspruch erworben[b], vorausgesetzt, daß die streitenden Theile ausschließlich Eigenthümer der fraglichen Sache waren[c].

Anm. Marx de adiudicatione et de iudiciis divisoriis. Bonnae 1855. Ueber Adjudicatio im iudicium finium regundorum insbesondere: Hoffmann im civ. Arch. XXXV. 10. — Von der Adjudicatio i. e. S. ist zu unterscheiden: a) die Zuerkennung des Eigenthums im Eigenthumsstreite, wodurch nicht Eigenthum gegeben wird, sondern nur, quod adquisitum est, declaratur; cf. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5.; b) die Verurtheilung des Beklagten zur Verschaffung (Uebertragung) des Eigenthums (möglich auch im Eigenthumsstreite, wenn jener während desselben die Ersitzung vollendet hat, §. 163. A. 2.), zu deren Vollziehung der Richter, im Namen des ungehorsamen Beklagten (vgl. §. 145. not. c.), den Kläger in den Besitz der Sache setzt.

## §. 147.
### 3) Durch Verwirkung des bisherigen Eigenthümers.

Aus gewissen Gründen verliert der Eigenthümer sein Eigenthum ohneweiters zu Gunsten einer bestimmten andern Person. So der Eigenthümer nicht verzollter Sachen (commissa) zu Gunsten des Zollberechtigten[a], ausgenommen, wenn die Versäumniß der Zollentrichtung durch Irrthum entschuldigt wird[b], oder der Eigenthümer ein Soldat ist[c], oder ein Unmündiger, für welchen binnen dreißig Tagen der Zoll nachbezahlt wird[d]; durch den Ablauf von 5 Jahren verjährt dieser Anspruch[e]. So ferner der Miteigenthümer eines Hauses wegen versäumter Erstattung seines Antheils an nothwendig gewesenen Reparaturkosten zu Gunsten des Miteigenthümers, welcher dieselben aufgewendet hat[f]; sodann der Parens, welcher eine andere Ehe eingeht, zu Gunsten seiner Kinder aus

[a] §. 4..6. J. de off. iud. 4. 17. L. 12. §. 2. L. 16. §. 1. L. 36. L. 44. §. 1. L. 47. pr. L. 55. D. fam. erc. 10. 2. [b] §. 7. J. l. c. cf. Ulp. XIX. 16. L. 45. D. de pactis. 2. 14. [c] arg. L. 17. D. de usucap. 41. 3. L. 7. pr. D. de Publ. act. 6. 2.

[a] Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39. 4. Cod. de vectigalibus et commissis. 4. 61. [b] L. 16. §. 5. 6. 10. D. l. c. [c] L. 3. Cod. l. c. [d] L. 7. §. 1. D. l. c. [e] L. 2. Cod. l. c. [f] §. 139. not. g.

früherer Ehe, rücksichtlich gewisser Sachen, an welchen ihm nur der Nießbrauch verbleibt[e].

[Anm. Ueber die im R.Straf-G.B. oft (z. B. §. 40. 42. 152. 295. 335. 360. 367. 369.) angedrohte „Einziehung" und die „Confiscation" des Vereinszollgesetzes v. 1. Juli 1869. §. 134. vgl. Mandry Reichsgesetze S. 254 (2. Aufl. S. 355.) fg.]

§. 148.

4) Andere Fälle.

Andere Fälle abgeleiteten Eigenthumerwerbes kommen wegen ihres Zusammenhangs mit besondern Rechtsverhältnissen an andern Orten vor; so namentlich der Erwerb durch Erbfolge und Vermächtniß im fünften, der Erwerb durch missio in possessionem damni infecti nomine, sodann durch impetratio dominii wegen Pfandrechts, im dritten Buche (§. 328. 376).

## B. Ursprünglicher Erwerb.

### 1) Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum des Erwerbers.

§. 149.

a) Erwerb der Erzeugnisse.

Das Eigenthum der Erzeugnisse einer Sache fällt der Regel nach, sobald sie durch Trennung von dieser als selbständige Sachen ins Dasein treten, von selbst dem Eigenthümer der erzeugenden Sache zu, zu welcher sie bis dahin als Bestandtheile gehörten[a]. Dieser Erwerb kann jedoch durch ein besonderes Recht Anderer auf den Fruchterwerb ausgeschlossen werden (§. 156).

Anm. Zu §. 149..153. überhaupt vgl. Bechmann z. Lehre v. Eigenthumserwerb durch Accession und v. d. Sachgesammtheiten, 1867.; dagegen aber Bremer krit. Vjschr. X. S. 7 fg. Zu §. 149. insbesondere Göppert die organ. Erzeugnisse S. 227. fg., gegen diesen aber Hartmann krit. Vjschr. XI. S. 512 fg. Vgl. Brinz 2. Aufl. I. S. 541 fg. „Vervielfältigung, Erweiterung, Vergemeinsamung von Besitz und Eigenthum". §. 144. („Sacheinheiten"), 145 („Fruchtgewinn"), 146 („Accession, Communication"). Darauf erst „Erwerb des Eigenthums" (§. 147 fg.), worunter Fruchtgewinn und Accession nicht gestellt wird (§. 145. A. 4. §. 146. S. 559.), mit Bezug auf Bechmann und Göppert a. a. O. vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 189a.

§. 150.

b) Erwerb durch Verbindung.

Durch Verbindung einer Sache mit einer andern Sache kann der Eigenthümer der letzten auch Eigenthum an der ersten erwerben, wenn

[e] Nov. 22. cap. 23..26. 46. (§. 417. 418.).

[a] §. 19. J. h. t. 2. 1. L. 2. 6. D. h. t. L. 25. pr. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 5. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. (§. 55. not. b. c.)

die Verbindung von der Art ist, daß die verbundene Sache ihr bisheriges abgesondertes selbständiges Dasein völlig verliert. Dieser Erwerb gestaltet sich verschieden, je nachdem die beiden verbundenen Sachen in gleichem Verhältniß zu einander stehen (Erwerb durch Vermischung) oder im Verhältniß von Haupt- und Nebensache (Erwerb durch nebensächliche oder accessorische Verbindung).

Anm. Vgl. überhaupt Wächter im Rtslex. I. S. 9 . . 32. (Art. „Accession"). [Pand. §. 133. und Beill.] Pagenstecher II. S. 128 . . 156. Keller §. 138 . . 142. Windscheid I. §. 188 . . 190. Bechmann a. a. O. S. 28 fg. Bremer a. a. O. S. 16 fg.

## §. 151.

### *a)* Durch Vermischung[1].

Wenn Sachen verschiedener Eigenthümer nach Uebereinkunft derselben vermischt werden, so erhalten diese Miteigenthum an dem dadurch entstandenen Ganzen, wofern nicht etwas anderes besonders bestimmt ist. Eine besondere Erwerbart ist darin nicht enthalten[a]. Wenn aber die Sachen ohne Uebereinkunft, es sei einseitig von dem Eigenthümer der einen Sache allein, oder von einem Dritten, oder durch bloßen Zufall mit einander vermischt[b], und nicht wieder von einander zu scheiden sind[c], so entsteht eben dadurch, auch ohne solche Absicht, Miteigenthum für die Eigenthümer der verbundenen Sachen, nach Verhältniß des Werthes derselben[d], es möchte denn eine Specification vorliegen, welche das Eigenthum des (durch Vermischung ungleichartiger Substanzen) entstandenen neuen Ganzen dem Specificanten gibt[e]. Sind jedoch die Sachen nur unter einander gemischt, ohne körperlich in einander überzugehen, z. B. Getreide, so bleibt eigentlich jedem Eigenthümer sein gesondertes Eigenthum, und nur theilweise tritt ein ähnlicher Erfolg wie in jenem Falle ein, sofern die Ausscheidung der jedem Eigenthümer gehörenden Sachen thatsächlich nicht zu bewirken ist[f]. Eine Ausnahme gilt für Geldstücke[g]; man erwirbt das Eigenthum derselben, sobald man sie mit seinem Gelde vermischt hat[2].

Anm. [1] Die Römer gebrauchen promiscue die Worte confusio und commixtio; die Neuern verstehen unter confusio, Vermischung im e. S., vorzugsweise die Vermischung flüssiger oder flüssiggemachter Sachen (not. b . . e.), unter commixtio, Vermengung, die Vermischung trockener Körper (not. f. g.). Diese Unterscheidung ist

[a] §. 27. J. h. t. L. 7. §. 8. D. h. t. [b] §. 27. in f. J. h. t. L. 7. §. 9. D. h. t. [c] L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. [d] L. 3. §. 2. L. 4. D. de rei vind. 6. 1. [e] L. 5. §. 1. cit. L. 27. §. 1. D. h. t. (§. 155.). [f] §. 28. J. h. t. L. 5. pr. cit. cf. L. 12. §. 1. L. 27. §. 2. D. h. t. [g] L. 78. D. de solut. 46. 3. cf. L. 67. D. de iure dot. 23. 3.

ebenso wenig sachlich als sprachlich genau. Vgl. [Buchholtz Vers. Nr. 10.] Böcking Inst. §. 152. a. E.

[2] Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 156. „Nicht durch die Commixtion direct geht das Eigenthum am Geld unter, sondern dadurch, daß es durch die Commixtion (si mixti essent nummi et discerni non possent) als Species consumirt wird.“ Vgl. Puchta Inst. II. §. 242. A. b. Böcking Inst. §. 155. A. 12. 13. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes S. 20 fg. und darüber Karlowa krit. Vjschr. XI. S. 526 fg.

## §. 152.

### β) Durch nebensächliche Verbindung.

Eine solche (sog. Adiunctio) kann vorkommen: 1) als Verbindung einer beweglichen und einer andern beweglichen Sache. Ist diese von der Art, daß die eine als bloßer Bestandtheil der andern in dieser aufgeht (und dieses darf man annehmen, wenn sie von dieser nicht wieder oder doch nicht unversehrt getrennt werden kann), so fällt das Eigenthum der Nebensache unwiderruflich dem Eigenthümer der Hauptsache zu[a]; im andern Falle bewirkt die Verbindung nur eine Beschränkung in der Ausübung des Eigenthums, indem hier zuvor Trennung der verbundenen Sachen erwirkt werden muß (durch die actio ad exhibendum), um das Eigenthum an der Nebensache gegen den Eigenthümer der Hauptsache geltend zu machen[b]. Welche Sache aber als Haupt- oder Nebensache zu betrachten sei, das ist darnach zu beurtheilen, welche für sich ohne die andere bestehen kann[c], oder dem Ganzen am meisten gleichkommt, oder als diejenige erscheint, für welche die andere bestimmt ist[d], oder endlich, welche für sich von höherem Werthe ist[e]; 2) als Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache. Hier erwirbt der Eigenthümer der letzten das Eigenthum der ersten, wenn diese durch die Verbindung ein Bestandtheil des Grundstücks wird. Dies aber ist der Fall bei einem durch den Fluß angeworfenen Stück Landes (*avulsum*), sobald es mit dem Grundstück verwachsen ist[f], bei Pflanzen, sobald sie in demselben Wurzel geschlagen haben[g] (*plantatio*), und bei dem Gebäude, welches auf demselben errichtet worden (*inaedificatio*)*, bei diesem jedoch nur als Ganzem, nicht rücksichtlich der einzelnen Materialien, aus denen es besteht, als einzelnen Sachen[h], deren Vindication in-

[a] §. 33. 34. J. h. t. L. 9. §. 1. 2. D. h. t. L. 23. §. 2..5. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 23. §. 5. cit. cf. L. 27. pr. D. h. t. L. 30. §. 1. in f. D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. D. ad exhib. 10. 4. [c] L. 23. §. 3. cit. §. 33. J. h. t. cf. §. 34. J. eod. [d] L. 26. pr. i. f. (§. 1.) D. h. t. §. 26. J. h. t. L. 61. D. de rei vind. 6. 1. L. 19. §. 13..16. L. 20. D. de auro leg. 34. 2. [e] L. 27. §. 2. D. h. t. [f] L. 7. §. 2. D. h. t. §. 21. J. h. t. [g] §. 31. 32. J. h. t. L. 7. §. 13. L. 9. pr. L. 26. §. 1 (2). D. h. t. L. 2. 11. Cod. de rei vind. 3. 32. cf. L. 5. §. 3. D. eod. 6. 1. (§. 50. not. c.). — L. 8. D. h. t. L. 83. D. pro socio. 17. 2. L. 19. pr. D. comm. div. 10. 3. (§. 53. A. 4.). [h] §. 29. 30. J. h. t. L. 7. §. 10..12. L. 28. cf. L. 60. D. h. t. L. 16. Cod. de rei vind. 3. 32. (§. 50. not. d.). — L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. L. 7. §. 2. D. de except. rei iud. 44. 2.

dessen durch die Verbindung mit dem Gebäude, so lange sie besteht, gehemmt wird.

Anm. Die Bestimmungen des R. Rts. über diesen an sich schwierigen Gegenstand, worüber auch unter den römischen Juristen manche Meinungsverschiedenheiten bestanden haben, sind in mehrfacher Beziehung unbefriedigend. Vgl. Arndts in d. krit. Jahrb. XII. S. 818 (civ. Schr. III. S. 368) fg. Unger über d. Entw. e. bürgerl. Gesetzb. für Sachsen, 1853, S. 164 fg. Man bemerke:

1) Es fehlt an einer genauen Bestimmung darüber, wann die eine Sache durch die Verbindung ihre Selbständigkeit völlig verliere? Nur eine Andeutung gibt L. 23. §. 3. D. 6. 1. in den Worten: necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest; eine andere speciellere L. 23. §. 5. eod.: Item quaecunque aliis iuncta sive adiecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest; sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur, scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi, et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit. Vgl. Schmid §. 10. A. 104. Göppert über die Bedeutung von ferruminare und adplumbare. 1869. [aber auch Windscheid §. 189. A. 1.]

2) Ungleich sind die Aussprüche der Quellen darüber, ob dann, wenn die Verbindung das Eigenthum nicht unwiderruflich entzieht, doch einstweilen dasselbe ausgeschlossen sei, der Eigenthümer der Hauptsache also das, obwohl auflösbare, Eigenthum der verbundenen Sache habe, oder ob auch inzwischen der Eigenthümer der letzten sein Eigenthum behalte und nur in der Vindication beschränkt sei? Vgl. L. 23. §. 5. cit. Ea, quamdiu cohaerent, *dominus* vindicare non potest. L. 7. §. 10. D. h. t. (Gai.) Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare potest, etc. Dagegen L. 2. §. 1. (L. 2. c. m.) Cod. cit. (not. g.) Si vero fuerit dissolutum (*aedificium*), materia eius *ad pristinum dominum redit*. L. 59. D. de rei vind. (Julian). Simulatque inde demta essent, continuo in pristinam causam reverti. L. 23. cit. §. 7. (Paul.) Caementa autem resoluta *prior dominus* vindicabit. Theophil. ad §. 29. J. h. t. *Ἐκείνου δῆλον ὄντος, ὅτι ὁ τῆς ὕλης δεσπότης οὐκ ἐκπίπτει τῆς δεσποτείας τῆς ὕλης αὐτῆς εἰς τὸ διηνεκὲς, ἀλλ' ἐφ' ὅσον ἕστηκε τὸ οἰκοδόμημα, οὔτε τὴν* in rem *κινεῖν . . . δύναται.* Indessen ist diese Differenz sachlich unbedeutend; gewiß ist, daß der Eigenthümer der Hauptsache in und mit dieser einstweilen auch die verbundenen Sachen als deren Bestandtheile vindiciren kann, das Sondereigenthum an diesen also höchstens als sog. dominium dormiens besteht. Vgl. auch L. 21. §. 4. D. de furt. 47. 2. Sed si ansam in poculo suam putavit vel vere fuit, totius poculi eum furtum facere Pomp. scripsit. — Eigene Ansichten darüber: Girtanner in d. dogm. Jahrb. III. S. 163 fg. 264 fg. Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 188. A. 13. Brinz 2. Aufl. §. 146. A. 13..23. [Wächter II. S. 124.]

3) Ungenügend und inconsequent sind die Entscheidungen darüber, welche von mehreren beweglichen Sachen als Haupt- oder Nebensache zu betrachten sei? Allgemeine Andeutungen geben L. 26. pr. (§. 1.) D. h. t. in quibus propria qualitas rei spectaretur (Flor. *qual. exspectaretur*), si quid additum erit, toto cedit, ut sta-

tuae pes etc. L. 19. §. 13. cit. (not. d.): ei enim cedit, cuius maior est species. . . . Semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cuius rei ornandae causa adhibetur, ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmae phialis etc. Bei einem Schiff insbesondere wird der Kiel als die Hauptsache bezeichnet. L. 61. D. de R. V. Sodann wird als unzweifelhaft angenommen, daß die Schrift dem Papier folge (licet aureae litterae sint). Ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem scripsero, huius corporis non ego sed tu dominus esse intelligeris. L. 9. §. 1. D. h. t. Dasselbe behauptet Paulus mit andern vom Gemälde im Verhältniß zur Tafel; denn necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. L. 23. §. 3. cit. Aber quidam contra senserunt (§. 3. cit.), ex diverso placuit (wahrscheinlich den Sabinianern), tabulas picturae cedere. L. 9. §. 2. D. h. t. (Gai.). Und diese Meinung ist von Justinian gebilligt: *nobis* videtur melius esse, tabulam picturae cedere, ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. §. 34. J. h. t. Wenn Puchta §. 164. Inst. II. §. 242. not. q. das letzte allein für das an sich richtige erklärt, die Entscheidung in Betreff der Schrift als sachwidrig tadelt, indem er als Regel aufstellt: Hauptsache ist, „für welche die andere bestimmt und um deren Willen sie vorhanden ist", so mag man dieß der Natur der Sache entsprechend finden; aber der römische Jurist behandelt gerade die gebilligte Entscheidung über Gemälde als eine eigentlich inconsequente Ausnahme; cuius diversitatis vix idonea ratio redditur. Gai. II. 78. vgl. A. 4 d. Vgl. übrigens Böcking Inst. §. 152. A. 44 fg. — Neuere Erfindungen betreffend wird von Madai im civ. Arch. XXVI. 8. Nr. II. ausgeführt, daß beim Daguerreotypbilde die Silberplatte die Hauptsache sei; Photographien aber und andere graphische Darstellungen wären wohl nach Analogie der Gemälde, Schriftdruck nach Analogie der Schrift zu beurtheilen. Böcking §. 152. A. 57.; so auch Seuffert's Arch. IX. 127., dagegen XIII. 129. Sachgemäßer jedoch wäre es gewiß, in allen diesen Fällen den Gesichtspunkt der Specification (Fabrication, Production) vorwalten zu lassen. Arndts a. a. O. Dankwardt Nationalökonomie und Jurisprudenz I. S. 35 fg. Vgl. Bremer a. a. O. S. 24 fg. S. 36. 45 fg. 53. und unten §. 155. [insbes. zu mehreren hier sub 3 behandelten Punkten die dort angef. Schrift von Sulzer S. 15 fg., 36. Note 20., S. 79., 112 fg.]

4) Der Eigenthümer der Hauptsache macht durch den Zuwachs der Nebensache auf Kosten ihres Eigenthümers einen Gewinn; es ist billig, daß diesem dafür Entschädigung werde. Diese kann er,

a) und zwar in vollem Maße, durch die gewöhnlichen Rechtsmittel erlangen, wenn ihm durch unerlaubte Handlung die Nebensache entzogen ist, z. B. durch die Diebstahlsklagen, wenn sie entwendet ist, durch die actio ad exhibendum gegen denjenigen, welcher dolo malo die Verbindung vorgenommen hat. Eben so durch Contractsklage, wenn die Verbindung vertragsmäßig geschehen ist. Er kann sie,

b) unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes für nützliche oder nothwendige Verwendungen, durch doli exceptio gegen die rei vindicatio sich verschaffen, wenn er sich im Besitze befindet (§. 102. a. E.).

c) Ist der Gegner im Besitze, so wird ihm in subsidium eine actio in factum gegeben. L. 23. cit. §. 5., jedoch nach strenger Ansicht des R. Rts. nur, wenn die Verbindung nicht von ihm selbst herrührt. L. 33. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 14. D. de doli except. 44. 4.

d) Beim Gemälde wird dem bisherigen Eigenthümer der Tafel utilis rei vindi-

catio gegen den im Besitz befindlichen Maler gegeben; dieser kann jedoch, wenn er bona fide war, doli exceptio entgegensetzen, falls jener nicht den Werth der Malerei ersetzen will, und kann jene Klage jedenfalls ausschließen, wenn er nur den Werth der Tafel ersetzt, wie er unter gleicher Bedingung als Nichtbesitzer selbst directam rei vindicationem anstellen kann. L. 9. §. 2. D. h. t. §. 34. J. h. t. Manche kehren die Sache um, Schmid §. 10. A. 99..102., und führen dadurch das ridiculum, das Justinian von sich stößt, durch die Hinterthür wieder ein. Jene utilis vindicatio soll nur dazu dienen, dem Eigenthümer jedenfalls wenigstens den vollen Werth der Tafel zu verschaffen. Vgl. Jhering in d. dogm. Jahrb. I. S. 188 fg. Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. S. 362 fg. Aber gegen den dritten unberechtigten Besitzer kann auch der Eigenthümer der Tafel die utilis rei vindicatio mit Erfolg anstellen und alsdann den vindicirenden Eigenthümer des Gemäldes durch doli exceptio zum Ersatz des Werthes der Tafel anhalten.

e) Eine utilis in rem actio gewährten einige Juristen auch dem Eigenthümer des in ein fremdes Grundstück verpflanzten Baumes, L. 5. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. „Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant", während anderwärts für diesen Fall die Vindication verneint wird. L. 9. §. 2. D. de damno inf. 39. 2. Vgl. Schmid §. 10. A. 87. Jhering a. a. O. S. 141 fg. Der letzte will den Widerspruch zwischen beiden Stellen dadurch beseitigen, daß er auch hier der utilis rei vindicatio die eventuelle Function einer Ersatzklage beilegt. Dagegen Kindervater a. a. O. S. 346; er läugnet den Widerspruch, da L. 9. §. 2. cit. nur die directa rei vindicatio, also Eigenthum am Baum abspreche, die L. 5. §. 3. cit. aber nur utilis rei vindicatio gewähre, die nur in einem fingirten Eigenthum ihren Grund habe. [S. noch Wächter II. S. 126 fg.]

f) Einer besondern Entschädigungsklage bedarf es nicht, wenn noch Trennung der verbundenen Sache gefordert werden kann (not. b.). Aber bei verbauten, desgleichen bei in Weinbergen verwendeten Materialien (*tignum iunctum* aedibus vineisve) findet nach den XII. tabb. die Klage auf Trennung (ad exhibendum actio) nicht statt, obgleich deren Eigenthum nicht unwiderruflich entzogen ist; der Eigenthümer kann nur die ohnedies wieder getrennten Sachen vindiciren (not. b.), nicht aber die Trennung selbst erwirken. Statt dessen ist ihm eine eigene Klage auf doppelten Ersatz des Werthes derselben gegeben (actio de tigno iuncto, §. 131. A. 1. a. E.), dessen Erlangung aber, wenn der Gegner mala fide die Verbindung vorgenommen hatte, die Vindication nach der Trennung nicht ausschließt. L. 1. 2. D. de tigno iuncto. 47. 3. L. 98. in f. D. de solut. 46. 3. §. 29. J. h. t. Ueber die streitigen Voraussetzungen und Wirkungen dieser Klage vgl. Huschke ad leg. XII. tabb. de tigno iuncto comment. Vratislav. 1837. Puchta in Linde's Ztschr. XI. 10. (kl. Schr. Nr. 24.) Vangerow §. 300. Schmid §. 10. S. 137 fg. Windscheid §. 188. A. 10..22. [Wächter II. S. 124 fg. J. Schumacher über tignum und tignum iunctum. 1882. Landsberg die Glosse des Accursius S. 245 fg. Voigt die XII Tafeln II. S. 574 fg.] — Ueber die Frage, ob die Bestimmung über tignum iunctum durch Vertrag außer Anwendung gesetzt werden könne? Zaun im civ. Arch. XLIII. S. 303 fg.

g) Der Anspruch auf Ersatz wie die sonst künftig noch mögliche Geltendmachung des Eigenthums fällt weg, wenn die Verbindung donandi animo geschehen ist. L. 2. Cod. de rei vind. 3. 32. Nach anderen Stellen scheint dieß, im Widerspruch mit L. 2. cit., überhaupt bei wissentlichem Bauen auf fremdem Boden als Regel angenommen zu werden. L. 7. §. 12. D. h. t. §. 30. J. h. t. Schmid §. 10. A. 67. 68. Wind-

scheid 4. Aufl. §. 188. A. 21. „Eine Vereinigung dieser Stellen scheint mir nicht möglich, und so heben sie sich gegenseitig auf."

h) Bei dem avulsum (not. f.) ist von Entschädigung des Verlierenden keine Rede; dieser hätte den Verlust durch zeitige Rückforderung abwenden können. Schmid A. 12..18. Dagegen Windscheid §. 190. A. 1.

[* Vgl. darüber Rosska in Rassow's Beitr. XXVII. S. 87 fg., 382 fg.]

## §. 153.

### c) Zuwachs der Grundstücke durch Aenderung des Flußbettes.

Das Eigenthum der durch einen öffentlichen Fluß begränzten Grundstücke kann eine Erweiterung erhalten durch Aenderung des Flußbettes, welches als natürliche Fortsetzung jener betrachtet wird, die nur zur Zeit durch den Fluß als res publica ihnen entzogen ist. Verläßt dieser sein Bette ganz *(alveus relictus)*, oder erhebt sich dieses theilweise über die Wasserfläche (*insula in flumine nata*, nicht eine bloß schwimmende Insel), so fällt das Eigenthum daran von selbst den Ufereigenthümern zu, entsprechend der Flußgränze der einzelnen Grundstücke, und unter den Eigenthümern beider Ufer getheilt durch die Mittellinie des Flusses[a]. Tritt dieser nur von einem Ufer weiter zurück, so rücken die Grundstücke dieses Ufers um so viel weiter vor, so wie sie auch durch allmälige Anschwemmung *(alluvio)* erweitert werden[b]. Die entstandene Insel hat in diesen Beziehungen nach beiden Seiten hin dasselbe Recht, wie jedes andere vom Fluß begränzte Grundstück[c], und kann durch Anschwemmung an allen Gränzen erweitert werden[d].

Anm. [1] L. 7. §. 3. D. h. t. Insula ... in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque praedii, quae latitudo prope ripam sit; quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Der letzte Satz ist von dem Fall zu verstehen, wenn die ganze Insel mit allen ihren Theilen dem einen Ufer näher liegt, arg. Gai. II. 72.: si vero non sit in medio flumine etc. Vgl. übrigens L. 29. D. h. t.: ... insula ... non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis. (§. 53.) Böcking Inst. §. 152. A. 28..31. Henrici zur L. v. Inselerwerb in. d. dogm. Jahrb. XIII. 2. [XV. 7.] vgl. Zródłowski Unters. S. 129 fg. Z. L. v. Erwerb an Inseln u. am verlassenen Flußbett nach österr. Rt. [Zirndorfer z. L. v. d. insula in flum. nata in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 3. S. 233 fg.]

[2] L. 7. §. 5. in f. D. h. t. Cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non tamen is, cuius is ager fuerat, stricta ratione quidquam in eo alveo habere potest, quia et ille

[a] §. 22..24. J. h. t. L. 7. §. 3..6. D. h. t. L. 29. 30. pr. §. 1. 2. L. 65. §. 1..3. eod. L. 1. §. 6. 7. D. de flum. 43. 12. [b] §. 20. J. h. t. L. 7. §. 1. cf. L. 12. pr. L. 30. §. 1. in f. §. 3. D. h. t. [c] L. 56. §. 1. L. 65. §. 3. D. h. t. [d] L. 7. §. 1. L. 56. pr. D. h. t.

ager, qui fuerat, desiit esse amissa propria forma, et quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere; sed vix est, ut id obtineat (factisch oder rechtlich?) Schmid §. 10. A. 40.

3 L. 65. §. 4. D. h. t. Labeo libro eodem: si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. Ist zu verbessern: *non, si id etc.*? Vangerow §. 328. A. 1. Puchta Vorles. §. 165. Schmid A. 22. Vielleicht wollte Labeo durch seine Bemerkung nur die Behauptung abweisen, daß das in einem öffentlichen Flusse künstlich erbaute nothwendig res publica sei, vgl. L. 14. 15. 30. §. 4. D. h. t., Dig. de flum. 43. 12., ne quid in flum. publ. 43. 13.

4 Unpraktische Sätze enthalten L. 16. D. h. t. In agris limitatis ius alluvionis locum non habere constat; L. 1. §. 6. 7. D. de flum. Si insula in flumine publico fuerit nata ... aut occupantis est, si limitati agri fuerunt. — Si limitatus est ager, occupantis alveus fiet. Vgl. Rudorff gromat. Institutionen, in den Schriften der römischen Feldmesser II. S. 452. Doch hat man diesen Stellen noch eine praktische Deutung zu geben versucht, indem man sie auf Grundstücke, die durch künstliche Einzäunung vom Flusse getrennt sind, also nicht unmittelbar an diesen gränzen, bezog. Seuffert's Arch. X. 228.

### 2) Unabhängig von bisherigem Eigenthum des Erwerbers.

## §. 154.

### a) Besitzergreifung herrenloser Sachen.

Das Eigenthum einer zwar eigenthumsfähigen, aber zur Zeit herrenlosen Sache wird durch Erwerb ihres Besitzes erworben: *res nullius cedit occupanti*[a]. Als herrenlose Sachen aber gelten unter andern[b]: 1) wilde Thiere[1], die sich in ihrer natürlichen Freiheit erhalten oder dieselbe wieder erlangt haben[c]; 2) Sachen, die sich in der Gewalt der Feinde befinden[d], in welcher Beziehung jedoch das heutige Recht vom römischen wesentlich abweicht[2]; 3) vom Eigenthümer preisgegebene Sachen[e], res *derelictae*[3].

Als herrenlose Sache wird auch der Schatz betrachtet, d. i. ein seit längerer Zeit verborgener Gegenstand von Werth, als dessen Eigenthümer Niemand mehr sich auszuweisen vermag[4]. Allein darüber gelten folgende besondere Bestimmungen[f]. Der in eigenem oder herrenlosem Boden gefundene Schatz gehört ganz dem Finder; ist er auf fremdem Grundstück gefunden, so gehört er halb dem Finder, halb dem Eigenthümer des Grundstücks[5]; wenn aber absichtlich ohne Erlaubniß des Eigenthümers oder auch in dessen Auftrag darnach gesucht wurde, ganz dem letzten;

a L. 3. pr. D. h. t. b §. 18. J. h. t. L. 7. §. 3. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de poss. 41. 2. c §. 12..16. J. h. t. L. 1. §. 1.. L. 5. L. 55. D. h. t. cf. L. 44. eod. d §. 17. J. h. t. L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. h. t. (§. 127. not. b.). e §. 47. 48. J. h. t. L. 9. §. 8. D. h. t. Dig. pro derelicto. 41. 7. cf. L. 43. §. 4..11. D. de furtis. 47. 2. f §. 39. J. h. t. L. 31. §. 1. L. 63. D. h. t. L. un. Cod. de thesauris. 10. 15. cf. L. 3. §. 10. 11. D. de iure fisci. 49. 14. Theod. Cod. 10. 18.

und wenn er in eigenem oder herrenlosem Boden unter Anwendung böser Künste oder anderer unerlaubter Mittel gefunden wurde, so fällt er ganz dem Fiscus zu [6].

Anm. [1] Ueber das Verhältniß der betreffenden Bestimmungen des R. Rts. zum heutigen Jagdrecht: Puchta Vorles. §. 154., Schmid Hdb. §. 7. A. 5..37. Holzschuher 3. Aufl. II. S. 168 fg. Schütze in Bekker's Jahrb. VI. 3. Bekker das. S. 115. Brünneck im civ. Arch. XLVIII. 5. Wächter das Jagdrecht u. d. Jagdvergehen in d. Abh. der Leipziger Juristenfacultät I. S. 331 fg. (drbr. Göppert in krit. Vjschr. XIII. S. 223 fg.), [Schirmer in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 311 fg. XVI. Rom. Abth. Nr. 3. S. 23 fg. Wächter Pand. II. S. 129 fg. 133 fg. Wendt Röm. Jagdrecht, in d. dogm. Jahrb. XIX. 8. S. 373 fg. L. Landucci il diritto di proprietà e il diritto di caccia presso i romani. Commento alla l. 62. D. de usufr. 7. 1. e note al progetto di legge ital. sulla caccia im Arch. giur. XXIX. p. 386 segg.] Gimmerthal z. L. v. originären Erwerb, insbesondere zu L. 5. §. 2. 3. D. de aquir. rer. dom. 41. 1. im civ. Arch. LV. 5. — Windscheid 4. Aufl. §. 184. Nr. 2. Brinz 2. Aufl. §. 148. A. 21..42.

[2] Ueber die heutigen völkerrechtlichen Bestimmungen: Schmid §. 7. A. 67..88. Heffter Völkerrecht §. 130 fg. 150 fg. [Bluntschli das Beuterecht im Kriege und das Seebeuterecht insbesondere. 1878. Drbr. Bulmerincq in der krit. Vjschr. XX. S. 87 fg.]

[3] Verschieden von derelinquirten sind verlorene Sachen, L. 43. §. 7. 8. D. 47. 2. (Fr. Walther über den Funddiebstahl. 1848, Delbrück vom Finden verlorner Sachen in d. dogm. Jahrb. III. 1., dagegen Sintenis I. §. 50. A. 4., vgl. ferner Schütze zur L. v. d. sog. Funddiebstahl u. d. Unterschlagung im praktischen Arch. n. F. II. 7. 11. 14., auch Schletter's Jahrb. XIII. S. 2., Gimmerthal vom Finden verlorener, derelinquirter und herrnloser Sachen im civ. Arch. LII. 22. [Wandersleben die Behandlung der Fundsachen, in d. Beitr. z. Erläuterung d. deutschen R. XXV. S. 872 fg. Juristischer Besitz des redlichen Finders? Mandry im civ. Arch. LXIII. 1. S. 1 fg.]), ferner zur Rettung auf der See ausgeworfene Sachen L. 9. §. 8. D. h. t. Ueber das sog. Strandrecht vgl. Auth. Frid. *Navigia* ad L. 18. Cod. de furtis. 6. 2. Schmid A. 47..49. [und jetzt Reichsstrandungsordnung v. 17. Mai 1874 und darüber Mandry Reichsges. S. 250 (2. Aufl. S. 352) fg.] — Eine besondere Bestimmung enthält das R. R. in Ansehung steuerpflichtiger Grundstücke, welche der Eigenthümer wüst liegen läßt. Sie sollen demjenigen zufallen, der sie anbaut und nicht binnen zwei Jahren von jenem wegen der gemachten Verwendungen und Ausgaben entschädigt wird. L. 8. Cod. de omni agro deserto. 11. 59 (58). Sowohl über den Sinn dieser Vorschrift als deren heutige Anwendbarkeit sind die Meinungen verschieden. Schmid A. 50. Böcking Inst. §. 150. A. 30. §. 154 a. E.

[4] L. 31. §. 1. D. h. t. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat; sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus, cuius etiam fit furtum. Cf. L. 44. pr. D. de poss. 41. 2. Hiernach stellt man den Erwerb des Schatzes unter den Gesichtspunkt der Occupation einer herrnlosen Sache; [Zitelmann im civ. Arch. LXVI. S. 465 fg.: „Die Sache ist thatsächlich herrenlos lange Zeit hindurch gewesen, und diese Thatsache ist dadurch eben Recht geworden“.] Vgl. aber

dagegen Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 148. Gimmerthal im civ. Arch. LI. 4. Ueberhaupt: Schwach zur Lehre vom Eigenthumserwerb am Schatze in Haimerl's Vjschr. XII. 4. [Wächter Pand. II. S. 132 fg. 134 fg.]

5 Streitig ist, ob der Fiscus auf den in loco sacro oder religioso, gleichwie als Eigenthümer auf den in loco publico gefundenen Schatz Anspruch habe? L. 3. §. 10. D. 49. 14. Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Dagegen §. 39. J. h. t. Thesauros ... Hadrianus ... ei concessit, qui invenerit; idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. Die letzte Stelle ist vorzuziehen, arg. L. un. Cod. h. t. Schmid A. 56., oder doch nur in Ansehung des locus religiosus Hadrian's Bestimmung durch die Constitution der divi fratres für derogirt zu halten. K. Sell dingl. Rechte S. 89. Böcking Inst. §. 150. a. E. Vgl. aber Windscheid §. 184. A. 10. [Wächter II. S. 136.]

6 Streitig: ob der Grundeigenthümer, beziehungsweise der Fiscus, das Eigenthum an dem Schatze, zur Hälfte oder ganz, ipso iure erwerbe oder der Finder nur zur Restitution verpflichtet sei? Nach dem Gesichtspunkt der Occupation würde das letzte anzunehmen sein, und dafür scheint zu sprechen L. un. §. 3. (c. f.) Cod. h. t.: hoc locorum domino reddere (Krüger: cedere) compellatur ... cum locorum domino partiatur; Puchta §. 154. not. e. Seuffert §. 130. A. 4. Böcking Inst. §. 150. A. 35.; dagegen aber spricht nicht nur die Ausdrucksweise in §. 39. J. h. t.: (dimidium inventori,) dimidium domino soli *concessit*. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris *esse* statuit. Cui conveniens est, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis, womit die angeführten Worte der L. un. cit. nicht im Widerspruch stehen, sondern auch, und zwar ganz entscheidend, L. 63. D. h. t., welche die Wirkungen des Findens durch einen Sklaven in einer mit der ersten Ansicht unvereinbaren Weise beurtheilt, und in ganz gleicher Weise de parte, quae soli domino und quae inventori *cedit*, spricht. Vgl. auch L. 3. §. 10. D. de iure fisci. 49. 14. „dimidiam partem fisco *vindicari*", welcher Ausdruck keineswegs auf ein bloß gegen den Finder zustehendes Forderungsrecht, das dieser durch Veräußerung vereiteln könnte, zu deuten ist. Schmid A. 66. Schwach a. a. O. S. 132. Gimmerthal a. a. O. S. 75. Brinz 2. Aufl. §. 148. A. 43 fg. [Wächter II. S. 136 fg.] — Vgl. Seuffert's Arch. XI. 15. — Ob mit und nach demselben Rechte auch von Hebung eines Schatzes in beweglichen Sachen die Rede sein könne? W. Sell Versuche I. 3. K. Sell dingliche Rechte S. 90. „Warum Böcking (Inst. §. 150. A. 31.) diese Frage wegen L. 44. pr. D. de acquir. v. amitt. poss. und besonders wegen L. 67. D. de rei vind. 6. 1., die uns eher das Gegentheil zu sagen scheint, verneint, sehen wir nicht ein." Brinz 1. Aufl. S. 193. Windscheid §. 184. A. 11. Dagegen wieder Schwach S. 144, dafür Windscheid 4. Aufl. a. a. O. Brinz 2. Aufl. §. 148. A. 52 fg. [Wächter S. 132.]

## §. 155.

### b) Neugestaltung einer Sache.

Erleidet eine Sache, sei es durch absichtlich darauf gerichtete Thätigkeit eines Menschen oder durch andere zufällige Einwirkung eine Ver-

änderung, deren Ergebniß als eine neue Sache sich darstellt, so fällt das Eigenthum dieser neuen Sache in der Regel dem bisherigen Eigenthümer der umgeänderten Sache zu. Wenn aber Jemand absichtlich die neue Sache, sei es ganz oder zum Theil aus fremdem Stoff, mit dem darauf gerichteten Willen geschaffen hat, sie für sich zu erwerben, so wird das Eigenthum der neuen Sache dem Verfertiger zugesprochen, dessen Thätigkeit diese ihre Entstehung verdankt, beziehungsweise demjenigen, für welchen die Neugestaltung vorgenommen worden ist[1]. Man nennt solche Neugestaltung Specification. Aber nur dann wird die Sache als neu hervorgebrachte dem Verfertiger zugesprochen, wenn sich die frühere Gestalt derselben nicht wieder herstellen läßt[2]. Auch erwirbt dieser nicht, wenn er mit rechtswidrigem Willen wissentlich eine fremde Sache in solcher Weise neugestaltet hat[3], und in jedem Fall muß der Erwerber wenigstens wegen der ihm grundlos gewordenen Bereicherung den Eigenthümer des Stoffes entschädigen[4].

Anm. [1] L. 7. §. 7. D. h. t. 41. 1. Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat; vgl. L. 24.. L. 26. pr. L. 27. §. 1. eod. L. 9. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. Nicht der Gesichtspunkt allein, daß die neue Sache als herrnlose dem Occupanten gehört, ist entscheidend, sondern der, daß der Verfertiger sie als neue Sache hervorgebracht hat: arg. §. 25. J. h. t. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis.. dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, *quum non solum operam suam dedit*, sed et partem eius materiae praestavit. Scheurl Beitr. I. S. 283 fg. Dernburg in d. Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 146 fg. 295. (gegen die auch in der ersten Aufl. dieses Lehrbuchs angenommene bisher herrschende Theorie). Uebereinstimmend damit auch Pagenstecher II. S. 113 fg. Leist Studien III. S. 119 fg. 162 fg. Windscheid §. 187. A. 2. Dagegen aber Vangerow §. 310. und mit diesem Bechmann „Rechtsgrund der Specification" im civ. Arch. XLVII. 2. [Als legislatives Motiv für den Eigenthumserwerb des Specificanten führen Manche, z. B. Wächter II. S. 138. auch die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehres an: „Denn nun ist Jeder, der eine Sache von ihrem Verfertiger erwirbt, wenn sie nicht mehr in ihren früheren Zustand reducirbar ist (A. 2.), sicher, daß er vom Eigenthümer erworben hat, also Eigenthümer geworden ist."] — Eine ausführliche historisch-dogmatische Erörterung dieser Lehre gab Fitting im civ. Arch. XLVIII. 1. 7. 13., [während Sulzer der Eig.erwerb durch Specification (1884) sich die Aufgabe gestellt hat, „die neueren Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Nationalökonomie für die Specificationslehre zu verwerthen".] Vgl. Bremer in d. krit. Vjschr. X. S. 4 fg. 35 fg. 59 fg. — Windscheid 4. Aufl. §. 187. Brinz 2. Aufl. §. 149.

[2] Diese Meinung hat, übereinstimmend mit Paulus (L. 24. D. h. t.), Justinian adoptirt, §. 25. J. h. t., während die Proculianer darauf kein entscheidendes Gewicht legten, die Sabinianer aber dem Eigenthümer des Stoffes auch das Eigenthum der neu gebildeten Species zuschrieben. L. 7. §. 7. cit. Gai. II. 79. Fitting a. a. O.

S. 149 fg. 315 fg. 334. [Sehr eingehend behandelt die drei Theorien Sulzer a. a. O.] — Puchta §. 154. not. g. setzt noch den Fall hinzu, wenn der Stoff „gegen die Form in einem ganz untergeordneten Verhältniß steht"; und Scheurl a. a. O. S. 284. Note 2. sagt: Die Richtigkeit jener media sententia „möchte zu bestreiten sein, wo die Kunsterzeugung sich dem Begriffe der Schöpfung nähert, indem die Bedeutung der geistigen Thätigkeit des Erzeugers eine so überwiegende ist der Bedeutung des Stoffs gegenüber, daß dieser ganz zurücktritt und also vom Recht ignorirt werden sollte." Der Natur der Sache ist dies angemessen (Arndts in d. krit. Jahrb. XI. S. 821 fg., civ. Schr. III. S. 369 fg.), und man möchte wohl mit Dankwardt (Nationalökonomie und Jurisprudenz I. S. 28 fg.) noch weiter über das R. R. hinausgehen; aber kann der gemeinrechtliche Jurist diesem zustimmen, wenn er S. 30 sagt: „Nach unsrer Ansicht kümmert uns der Wille Justinian's überall nicht?" Vgl. Bremer a. a. O. S. 36. 45. 53. 63. — Eine Ausnahme von der Regel nehmen Manche an, wenn der Verfertiger die neue Sache theils aus eigenem, theils aus fremdem Stoff gebildet hat, arg. §. 25. in f. J. l. c. (A. 1.), obwohl die dort angeführten Beispiele alle unter die Regel fallen und L. 5. §. 1. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 1. D. h. t. zu widersprechen scheinen. Vangerow §. 310. Nr. 1. Puchta §. 163. not. b. Schmid §. 11. A. 11. Doch ist jene Meinung, für die auch die Paraphrase des Theophilus zu §. 25. cit. spricht, neuerdings sehr gut vertheidigt von Fitting a. a. O. S. 316 bis 327. und im civ. Arch. LIX. 14. [arg. Theoph. ad §. 6. J. per quas pers. 2. 9. und ad pr. J. de reb. corp. 2. 2.] und darnach auch angenommen von Windscheid §. 187. A. 4. Brinz a. a. O. A. 23. 24. [Dagegen Wächter II. S. 138. Note 8. Sulzer S. 74 fg.] — Keine Specification ist das bloße Färben eines Stoffs, L. 26. §. 2 (3). D. h. t., desgleichen das Ausdreschen oder Aushülsen von Früchten, quum enim grana, quae spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit, L. 7. §. 7. i. f. D. h. t., wodurch der unvollständige §. 25. J. h. t. berichtigt wird. [Sulzer S. 62 fg.]

[3] Dies früher die herrschende Meinung, arg.: a) L. 12. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. (Paul.) Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, quum sciret haec aliena esse, utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. b) L. 4. §. 20. D. de usucap. 41. 3. (Paul.) Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit. c) L. 52. §. 14. D. de furt. 47. 2. (Ulp.) Si quis massam meam argenteam subripuerit et pocula fecerit, possum vel poculorum vel massae furti agere vel condictione. Idem est et in uvis et in musto et in vinaceis: nam et uvarum et musti et vinaceorum nomine furti agere potest, sed et condici; cf. L. 13. 14. §. 3. D. de cond. furt. 13. 1.; welche Stellen, weil sie auch in Betreff der neuen Species dem frühern Eigenthümer die Condictio geben, nicht durch Bezugnahme auf L. 10. §. 2. D. 13. 1. beseitigt werden (§. 323.). Nicht entgegen steht L. 29. §. 1. D. de don. int. v. et u. 24. 1. vgl. L. 45. D. de usur. 22. 1. (§. 414) Scheurl und Dernburg a. a. O. Windscheid a. a. O. A. 3. vgl. auch K. Sell S. 101 fg. Jedoch Viele andrer Meinung mit Vangerow §. 310. Schmid §. 11. S. 172 fg. Vgl. Böcking Inst. II. §. 154. A. 15 .. 22. Vgl. aber Fitting a. a. O. S. 334 .. 342., dagegen jedoch wieder Brinz A. 27 .. 38. [Pernice Labeo II. S. 149 fg. Wächter II. S. 139. und Note 10. Für die hier vertretene Meinung Sulzer S. 40 fg., der aber außer der Redlichkeit auch Rechtmäßigkeit der Verfertigung (Besitzerwerb „des Stoffes aus

einem erlaubten und aus einem verus titulus") verlangt. S. 47 fg.] — Ist bei der Mischung eigenen und fremden Stoffs der Specificant bezüglich des letzten in mala fide, so ist wohl consequent, Miteigenthum des Specificanten und des andern Eigenthümers anzunehmen nach §. 151. not. b..d., es sei denn, daß der eine Stoff nur als nebensächliche Zuthat (§. 152.) anzusehen ist. Fitting S. 343. A. 128. Windscheid §. 187. A. 4.

[4] Arg. L. 23. §. 4. 5. D. de rei vind. 6. 1. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 345. A. 2.) Gai. II. 79. in f. vgl. mit §. 26. J. h. t. und Theophil. ad h. l. Vangerow §. 310. a. E. Windscheid A. 6. Andrer Meinung freilich wiederum Dernburg a. a. O. und (nach dem Allegat bei Vangerow) Meykow in Osenbrüggen's Dorpater jur. Studien S. 180 fg., aber dafür doch Brinz A. 44 fg.

## §. 156.

### c) Erwerb der Früchte einer fremden Sache.

Vermöge besondern Rechts erwerben gewisse Personen das Eigenthum an den Früchten, nicht an allen Erzeugnissen[a], einer fremden Sache, und zwar durch deren Einnahme der Nutznießer[1], sofort aber durch die Trennung von der Hauptsache der Emphyteuta[2] und der Besitzer in gutem Glauben. Der Erwerb des letzten ist dadurch bedingt, daß er den Besitz der Hauptsache rechtmäßig[2a] und in gutem Glauben erworben habe, sollte auch die Ersitzung aus anderem Grunde (§. 162) ausgeschlossen sein, sodann daß er auch zur Zeit der Trennung noch in gutem Glauben besitze. Er muß aber nichts destoweniger, wenn wegen der Hauptsache die Eigenthumsklage gegen ihn angestellt wird, mit jener zugleich auch die gewonnenen Früchte, so weit er sie noch hat (fructus non consumtos), herausgeben[3].

Anm. [1] L. 13. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4... Julianus ait, fructuarii fructus tunc fieri, quum eos perceperit, bonae fidei autem possessoris mox quam a solo separati sint. §. 36..38. J. h. t. Vgl. L. 25. §. 1. D. de usur. 22. 1. Jedoch? L. 28. pr. eod. in pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno iure sunt (bonae fidei possessoris et) fructuarii. §. 37. J. l. c.: statim naturali iure dominii sunt fructuarii. Das „statim" berechtigt wohl nicht, bezüglich der Jungen der Thiere eine Ausnahme von der Regel der L. 13. cit. zu behaupten; es kann auch bedeuten, daß es nicht erst noch der Ersitzung bedarf. Windscheid §. 186. A. 5. (A. M. Wächter das schwebende Eigenthum S. 11. A. 8., dagegen Windscheid 4. Aufl. a. a. O.). Ohne Zweifel aber ist die Perceptio der Jungen für vollendet zu halten, wenn nur das in der Obhut des Nutznießers befindliche Mutterthier das Junge geworfen hat. Vgl. Göppert organ. Erzeugnisse S. 285 fg. — Mit Unrecht wird dieser Erwerb als vom Eigenthümer abgeleiteter aufgefaßt, „der Tradition vergleichbar" (Puchta §. 150. vgl.

[a] L. 28. §. 1. D. de usuris. 22. 1. L. 68. D. de usufr. 7. 1. — L. 12. pr. eod. L. 7. §. 12. D. soluto matr. 24. 3.

Böcking Inst. §. 151. A. 8.), oder als „wahre Tradition" (Savigny Besitz 7. Aufl. S. 277.); dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 388. (civ. Schr. I. S. 291) fg. Scheurl Beitr. I. S. 299. Brinz 1. Aufl. S. 196. (2. Aufl. §. 145). Windscheid §. 186. A. 6. Vangerow §. 312. Exner Tradition S. 17 fg. Göppert a. a. O. S. 291 fg.

2 Nicht blos, wenn er im Besitz ist, und nicht weil er juristischen Besitz der Hauptsache hat. L. 25. §. 1. in f. D. de usur. 22. 1. Arndts a. a. O. S. 392. (293) fg. und im Rtslex. III. S. 859 (civ. Schr. I. S. 219) fg. Scheurl und Brinz a. a. O. Göppert a. a. O. S. 277 fg. 313 fg.

[2a Gegen dieses von der herrschenden Lehre aufgestellte Erforderniß vgl. Wächter II. S. 147 fg. Nr. 2.]

3 L. 48. pr. D. h. t. 41. 1. Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim, ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt. Nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupilli (populi?) sit, aut vi possessa, aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emtori. — §. 35. J. h. t. 2. 1. Si quis a non domino, quem dominum esse crederet (crediderit), bona fide fundum emerit vel ex donatione aliave qua(libet) iusta causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero, qui sciens alienum fundum possederit, non idem concessum est; itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere. — L. 25. §. 1. D. de usur. 32. 1. In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi; an Titius bonae fidei emtor perceptos fructus suos faciat? Respondi: (quod ad) fructus, qui ex fundo percipiuntur, intelligi debet propius ea accedere, quae servi operis suis acquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, adspicitur, et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? quum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque (a) solo separati sunt. — L. 4. §. 19. D. de usucap. 41. 3. Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sint (Ihering in d. dogm. Jahrb. XII. S. 328 fg. vermuthete, es sei zu lesen: si nondum [oder non] summissi sint), quod verum est. — L. 48. §. 5. D. de furtis. 47. 2. Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus furtivus est .. sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique pepererit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem et in pecudibus

servandum est et in foetu eorum, quod in partu. §. 6. Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillae non numeratur in fructu. In L. 4. §. 19. cit. bessert Mommsen [emend. et add. p. LXXXVI.]: *si non summisit*, gebilligt auch von Ihering a. a. O.; dagegen Buonamici im archivio giurid. XIII. p. 496 fg.; gegen diesen de Gioannis Gianquinto ibid. XV. p. 205 fg., der vorschlägt: *si concepti sint*. Anders Brinz 2. Aufl. §. 145. A. 46. 47. [Den überlieferten Text vertheidigt als den richtigen Huschke im civ. Arch. LXIII. 16. S. 444 fg.] In L. 48. §. 5. 6. cit. streicht Mommsen die Worte *quod in partu* und versetzt den Satz *Idem et* . . *eorum* in §. 6. nach *in fructu*. — In dieser Lehre ist vieles streitig und zweifelhaft:

a) Einige legen dem bonae fidei possessor kein Eigenthum an den Früchten bei, sondern, bis zur Ersitzung, nur wieder bonae fidei possessio, nebst dem Vortheil, daß er die verzehrten Früchte nicht zu erstatten brauche; cf. L. 40. D. h. t. „fructus consumtos suos faciat", L. 4. §. 2. D. fin. reg. 10. 1. „lucrari eum oportet, si eos consumsit." Savigny a. a. O. 7. Aufl. S. 277 fg. Windscheid in Linde's Ztschr. n. F. IV. 3. Pand. §. 186. bei A. 11 fg. Der Letzte gibt zwar zu, daß man nicht umhin könne, in mehreren Stellen eine Anerkennung des Eigenthumsrechts des redlichen Besitzers an den Früchten zu finden, glaubt aber, daß dies gar nicht der Ausdruck der eigentlichen Meinung der römischen Juristen sei, und eine Ungenauigkeit in der Vorstellungsweise derselben dabei zum Grunde liege, daher auch gar keine Consequenz daraus abzuleiten sei. Vgl. auch Göppert a. a. O. S. 320 fg., dagegen aber Hartmann krit. Vjschr. XI. S. 520 fg. Fitting im civ. Arch. LII. S. 276 fg. Levy bonae fidei possessori rerum quid iuris in fructibus Romani tribuerint? diss. inaug. 1869. Köppen der Fruchterwerb des b. f. possessor. 1872. (vrbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XV. S. 271 fg.) Waldeck im civ. Arch. LVII. 15.

b) Andere machen in verschiedener Weise einen Unterschied zwischen fructus industriales und mere naturales. [So die Glosse: Landsberg die Glosse des Accursius S. 228 fg.] Donell. comment. IV. 25. Unterholzner im civ. Arch. VIII. 13. arg. L. 45. D. de usur. 22. 1. Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex silva caedit (ceciderit), non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur. Dagegen vgl. L. 48. pr. D. h. t. 41. 1. Ueber L. 45. cit. u. L. 4. §. 5. D. de usurp. et usuc. 41. 3. Ubbelohde in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 252 fg. Brinz 2. Aufl. §. 145. A. 50 fg. [Wächter II. S. 146 fg.]

c) Manche nehmen nur interimistischen Eigenthumserwerb an in dem Sinn, daß durch die später eintretende mala fides des Besitzers, so wie durch Anstellung der Eigenthumsklage in Betreff der Hauptsache, das Eigenthum der bis dahin noch nicht verzehrten oder veräußerten Früchte ipso iure an den Eigenthümer der Hauptsache zurückfalle, von diesem daher auch durch selbständige rei vindicatio geltend gemacht werden könne. Marezoll in Linde's Ztschr. XVIII. 7. S. 226 fg. Sintenis I. §. 49. A. 31. (Köppen a. a. O. S. 76 fg.) [Huschke a. a. O.] Dagegen L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7: . . praedo . . ipse fructus suos non faciet; a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici. L. 4. Cod. de crim. expil. hered. 9. 32. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9.; nicht dafür L. 43. D. de evict. 21. 2. (Julian.), weil nicht jeder, der bona fide gekauft hat, auch zur Zeit der Trennung der Frucht noch b. f. possessor ist. Vgl. jedoch Brinz 1. Aufl.

S. 197.: Dieser Ausweg „ist vielleicht im Sinne der Compilation, nicht aber in dem von Julian richtig (L. 25. §. 2. D. 22. 1.); ... hingegen bleibt noch übrig, daß die Kuh selbst nicht bona fide erworben, eine Stipulation ob evictionem aber daneben wohl möglich war." Vgl. Brinz 2. Aufl. §. 145. A. 42 fg. [Wächter II. S. 145: „Eine ... selbständige Vindication der Früchte ist eine Unmöglichkeit, da ja die Früchte im Eigenthum des b. f. possessor sind, also dem Eigenthümer der Hauptsache gar nicht gehören und vom Besitzer nur vermöge einer besonderen Obligation dann gefordert werden können, wenn er die Hauptsache noch hat und herausgeben muß."] Sodann behaupten

d) Manche, das einstweilen noch widerrufliche oder interimistische Eigenthum werde durch Ersitzung in unwiderrufliches verwandelt, wornach denn auch die Restitution der noch vorhandenen Früchte wegfalle. Marezoll a. a. O. S. 213 fg. Dagegen L. 4. §. 19. L. 48. §. 6. cit. [Wächter II. S. 144 fg.]

e) Nach L. 25. §. 2. D. de usur. 22. 1. erforderte Julian nicht Fortdauer der bona fides bis zur Trennung der Frucht. Dagegen Paulus in L. 48. §. 1. D. h. t. 41. 1., an welche wir uns jedenfalls „für die heutige Anwendung, nachdem wir die strengen Ansichten des canonischen Rechts über die Bedeutung der conscientia alienae rei (§. 109.) in unser Rechtsbewußtsein aufgenommen haben, folgerichtig ... halten müssen". Scheurl Beitr. I. S. 298.

f) Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem Text dieses §. sind u. a. Backe bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat. 1825. Vangerow §. 326. Mühlenbruch §. 250. Puchta §. 166. Göschen §. 282. Schmid §. 9. Heimbach von der Frucht, S. 211 fg. Böcking Inst. II. §. 151. Brinz a. a. O. Pagenstecher II. S. 101 fg. [Wächter §. 136. und Beil.] Ueber den innern Grund aber dieses Erwerbes des redlichen Besitzers (§. 35. J. h. t. „eius esse pro cultura et cura") und dessen Zusammenhang mit den römischen Grundsätzen über den Erwerb durch einen in gutem Glauben besessenen fremden oder vermeintlichen Sclaven (cf. L. 25. §. 1. cit. §. 4. 5. J. per quas pers. nob. acquir. 2. 9. L. 19. 21. pr. L. 23. 39. 40. 43. pr. L. 54. §. 4. D. h. t.) vgl. vorzüglich Scheurl Beitr. I. S. 281 fg. 287 fg. mit Dernburg in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 154 fg. [Wächter II. S. 141: „Diese Bestimmungen sind für den Verkehr sehr wichtig, denn hiernach ist Jeder, welcher Früchte einer Sache vom b. f. poss. der fruchttragenden Sache (titulo singul.) erwarb, ganz sicher, daß er das Eigenthum daran erworben hat, und daß ihm also die Früchte vom Eigenthümer der Hauptsache in keiner Weise mehr abgefordert werden können."] Verfehlt ist die Ausführung von Janke das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers, 1862, drbr. Demelius in krit. Vjschr. IV. S. 292 fg. Arndts in Haimerl's Vjschr. IX. Lit. S. 46 fg. (civ. Schr. I. 11.) Janke's Auffassung der bonae fidei possessio als einer Art von bonitarischem Eigenthum ist jedoch auch von Brinz vertreten und in einer Abh. zum Rechte der b. f. possessio geistvoll ausgeführt — Festgabe der Münchener Fakultät zu Arndts' Doktorjubiläum 1875, S. 73 .. 138. [drbr. Hartmann in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 161 fg. Exner in d. Wiener Ztschr. III. S. 710 fg.], — in diesem Sinn ist denn auch in d. Pand. 2. Aufl. die b. f. possessio in Parallele mit dem Eigenthum gestellt (§. 143.) und in §. 145. A. 13 .. 63. das Fruchtrecht des b. f. possessor als ein vorzügliches Element dieses bonitarischen Eigenthums dargestellt. Vgl. unten §. 170., dagegen Czyhlarz in d. Jen. Litztg. 1876. Nr. 8. [Vgl. noch de lege ferenda Thomsen Verh. d. XVII. deutschen Jur.-Tag. I. S. 288 fg.]

### d) Ersitzung. [1]

### §. 157.

Um der Sicherheit des Eigenthums willen ist angenommen, daß, unter gewissen Voraussetzungen, der eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzte Eigenthumsbesitz das Eigenthumsrecht gewähre[2]. 1) Im alten römischen Recht bestand eine solche Erwerbung des Eigenthums, *usucapio*, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von einem Jahr bei beweglichen, von zwei Jahren bei unbeweglichen Sachen, und zwar als civilrechtliche Erwerbart des quiritischen Eigenthums, also unanwendbar auf Sachen, welche dessen nicht fähig waren, namentlich auf Provinzialgrundstücke[a]. 2) Neben dieser civilrechtlichen Usucapio kam späterhin eine Art von indirecter Ersitzung auf, durch rechtmäßig und in gutem Glauben erworbenen Besitz von zehn oder zwanzig Jahren *(longi temporis possessio)*, wornach der Besitzer zunächst durch eine exceptio oder praescriptio longi temporis gegen die Eigenthumsklage geschützt ward[b], dann aber auch, wenn er nachher den Besitz verlor, als Kläger, wahrscheinlich mittels einer Replicatio, auf jenen langjährigen Besitz sich berufen und so den Erfolg des Eigenthumserwerbes gewinnen konnte[c]. Von der Usucapio, obwohl auf demselben Grundgedanken beruhend, wich diese Art der Ersitzung in den Voraussetzungen wie in der Wirkung mehrfach ab; sie fand insbesondere auch, ja vorzüglich, auf Provinzialgrundstücke Anwendung. 3) Zu diesen beiden verwandten Instituten kam endlich als drittes die Verjährung der Eigenthumsklage durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz hinzu (§. 108), die sog. *praescriptio longissimi temporis*, als solche in einer Beziehung verwandt der longi temporis praescriptio, von der Usucapio wesentlich verschieden.

Justinian änderte nun darin Folgendes: Er verband mit der longi temp. pr., unter der Voraussetzung guten Glaubens des Besitzers auch mit der sog. longissimi temp. pr., die Wirkung eines vollständigen directen Eigenthumserwerbs[3], nachdem er zuvor schon den Unterschied zwischen quiritischem und nichtquiritischem Eigenthum beseitigt hatte[d]. Sodann[e] hob er die zweijährige Usucapio italischer Grundstücke auf und

[a] Gai. II. 40..44. cf. II. 7. 21. Dig. de usurpationibus et usucapionibus. 41. 3. Cod. communia de usucapionibus. 7. 30. [b] Pauli sentt. V. 2. §. 3..5. L. 76. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Dig. de diversis temporalibus praescriptionibus. 44. 3. Cod. de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum. 7. 33. in quibus causis cessat longi temporis praescriptio. 7. 34. quibus non obiiciatur longi temporis praescriptio. 7. 35. [c] L. 8. pr. in f. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. [d] L. 8. Cod. cit. L. un. Cod. de nudo ex iure Quir. toll. 7. 25.
[e] L. un. Cod. de usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi. 7. 31.

gestattete eine Ersitzung unbeweglicher Sachen überall nur mehr durch zehn- oder zwanzigjährigen, dreißig- oder vierzigjährigen Besitz, die Ersitzungszeit für bewegliche Sachen aber erweiterte er bis zu drei Jahren, und setzte endlich noch zwei gemeinschaftliche Regeln für die verschiedenen Fälle der Ersitzung fest[4]. Hierdurch war nun die longi temporis praescriptio in eine wahre Usucapio der unbeweglichen Sachen verwandelt[5], wenn sie gleich in den Justinianischen Rechtsquellen, um der Verwechslung mit der alten zweijährigen Usucapion vorzubeugen, regelmäßig nicht so genannt, vielmehr mittels durchgängig vorgenommener Interpolationen durch den Ausdruck „longo tempore capio“ oder ähnliche bezeichnet wird. Eben diese Interpolationen aber beweisen zugleich, daß sie nunmehr die Stelle jener ältern Usucapio unbeweglicher Sachen einnehmen sollte, und steht sie denn auch, abgesehen von der Verschiedenheit der Besitzesdauer, im Ganzen unter denselben Regeln, wie die fortwährend usucapio genannte dreijährige Ersitzung beweglicher Sachen[f]; sofern aber sonst noch eine offenbare Verschiedenheit der Grundsätze im Justinianischen Recht sich wirklich erhalten hätte, müßte man nun zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen unterscheiden[6]. Die auf beide Arten von Sachen bezügliche Ersitzung durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz dagegen unterscheidet sich in ihren Voraussetzungen wesentlich von jenen beiden Fällen, und wird daher als „außerordentliche Ersitzung“ (sog. usucapio extraordinaria) denselben entgegengesetzt, indem man diese unter dem Begriff der „ordentlichen Ersitzung“ (sog. usucapio ordinaria) zusammenfaßt.

Anm. [1] Vgl. überhaupt: Donelli comm. V. cap. 4. 5. 14..31. Unterholzner die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. 1815.; gesammte Verjährungslehre (§. 87. A. 2.) Bd. II. §. 173..186. Windscheid 4. Aufl. §. 175 bis 183. Brinz 2. Aufl. §. 153..163. vgl. Zróbkowski z. L. v. d. Ersitzung, in dessen Unters. aus dem österr. Civilr. 1872. S. 1..126. — Ueber die Geschichte des Instituts: Puchta Institut. II. §. 239. 240. Scheurl Beitr. II. Heft 1. Nr. 15. S. 29 fg. [Voigt die XII Tafeln II. §. 87. 88. 91. — Daß die Ersitzung nicht originäre Erwerbsart sei, lehren neuestens wieder z. B. Brinz (2. Aufl.) I. S. 244. 562 fg. 595. Schey in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 160 fg.]

[2] L. 3. D. h. t. Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. L. 1. D. h. t. (Gai. ad ed. prov.). Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. Cf. Gai. inst. II. 43. 44. L. 5. pr. D. pro suo. 41. 10. Ueber die ältere Anwendung der Ersitzung zur Verwandlung des sog. bonitarischen in quiritisches Eigenthum: Gai. II. 40..43.

[f] Inst. de usucapionibus et longi temporis possessionibus. 2. 6.

[3] L. 8. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. (528.) Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus: hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenu(er)it, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat. §. 1a. Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum, ab iniusto detentore eam vindicare etc.

[4] L. un. Cod. de usucapione transformanda. (531.) 7. 31. Quum nostri animi vigilantia *ex iure Quiritium* nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, id est decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem, satis inutile est, usucapionem in Italicis quidem soli(s) rebus admittere, in provincialibus autem recludere. Sed et si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant: quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. §. 1. Ideo per praesentem legem et in Italicis soli(s) rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur, sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti annorum vel triginta et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. §. 2. Quum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant, non in Italico solo nexu sed in omni (omnem) orbe(m) terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive Italica sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. §. 3. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus ab initio bona fide eam capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris et connumeretur in decennium vel viginti annorum spatium vel triennium (*tricennium*). Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis (*possessionibus?*) antecessoris iusta detentio, quam in re habuit, non interrumpatur ex posteriori forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est. §. 4. Ita enim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia, (§. 5.) quum etiam res dividi mancipi et nec mancipi sane

antiquum est et merito antiquari oportet, ut sit (Krüger sit et) rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.

5 pr. J. h. t. 2. 6. Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, quum crediderit eum dominum esse, rem emerit vel ex donatione aliave qua(vis) iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et quum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur neque certo loco beneficium hoc concludatur; et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia(ium) rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquira(u)tur. Vgl. L. 33. §. 3. D. h. t., wo in ausdrücklicher Beziehung auf ein Grundstück die Worte: „usucapionis iustam causam habebo" stehen geblieben sind, am Ende aber interpolirt ist: „fundum longo tempore capiam."

6 Vgl. Puchta §. 155. not. f. 158. not. g. Arndts Beitr. S. 94. (civ. Schr. II. S. 369) fg. Aber „die ... noch stattfindenden Unterschiede reduciren sich ... in ihrer praktischen Bedeutung auf ein Minimum". Arndts a. a. O. A. 172. Stephan im civ. Arch. XXXIV. 8. 16. Vgl. auch Böcking Inst. II. §. 144. A. 24. Windscheid §. 175. a. E. und A. 3. Mit falscher Gründlichkeit wollen Andere noch die Verschiedenheit beider Institute als Regel behaupten. Hameaux die usucapio und longi temporis praescriptio, eine hist. dogm. Erläuterung der L. un. Cod. de usucap. transform. 1835. Unbegründet aber ist auch die Ansicht, welche nun im Fall des Widerstreits principiell das Recht der Usucapio für das entscheidende erklärt, z. B. Unterholzner §. 178. Vangerow §. 316. Savigny VI. S. 57..60. K. Sell dingl. Rechte S. 127 fg. Not.*, so wie die entgegengesetzte, welche nun das eigenthümliche Recht der l. t. p. für das allgemein entscheidende hält. Donell. V. cap. 4. [§. 8. seqq.] Schmid §. 14. not. 3. May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumsersitzung nach der const. un. Cod. de usucap. transform. 1847. Vgl. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte [1839.] Nr. I. Brinz 2. Aufl. §. 154. A. 20 fg. [Wächter Pand. II. S. 151. Landsberg d. Glosse des Accursius S. 150 fg.] — Nicht hieher gehört die besondere durch besondere Voraussetzungen bedingte Wirkung der l. t. possessio, daß sie auch gegen Pfandrechte schützt, Cod. si adversus creditorem praescriptio opponatur. 7. 36., in welcher Beziehung sie auch bei beweglichen Sachen noch wichtig ist. L. 5. §. 1. L. 9. D. de div. temp. 44. 3. L. 2. Cod. in quib. caus. cessat l. t. p. 7. 34. cf. L. 44. §. 5. D. h. t. 41. 3. Brinz a. a. O. A. 17 fg.

*a) Von der ordentlichen Ersitzung. Erfordernisse derselben.*

## §. 158.

### aa) Besitz.

Das erste Erforderniß der Ersitzung ist Besitz[a], und zwar Eigenthumsbesitz[b], der aber in dieser Beziehung auch dem Verpfänder und

[a] L. 25. D. h. t. 41. 3. [b] L. 13. pr. D. h. t.

demjenigen, welcher den Besitz bittweise überlassen hat, noch beigelegt wird, wenngleich das Recht der Interdicte auf den Gläubiger, beziehungsweise den Precaristen, übertragen ist[c]. Der Besitz setzt eine dem Privatrechtsverkehr unterworfene Sache voraus[d], kann aber auch an einem reellen oder intellectuellen Theil einer Sache stattfinden[e], nicht an einer Sachgesammtheit als solcher[f].

Anm. Ueber die Ersitzung zusammengesetzter Sachen und einzelner Bestandtheile derselben vgl. L. 23. 30. §. 1. D. h. t. L. 30. pr. D. de poss. 41. 2. §. 138. A. 4. Windscheid §. 175a. A. 2. [Ersitzung ohne juristischen Besitz? Bekker Rt. d. Bes. S. 71 fg.]

## §. 159.

### bb) Rechtmäßiger Erwerb des Besitzes.

Der Besitz muß auf solche Art und aus solchem Grunde (iusta causa possessionis acquirendae) erworben sein, daß dadurch überhaupt wohl das Eigenthum erworben sein könnte, wenngleich wegen eines im besondern Fall entgegenstehenden Hindernisses der Besitzerwerb nicht sofort auch den Eigenthumserwerb zur Folge hatte[a]. Wer durch Ersitzung Eigenthum erworben zu haben behauptet, hat daher einen so beschaffenen Besitzerwerb (den Usucapionstitel, iustus titulus possessionis) im Fall der Bestreitung nachzuweisen. Jedoch wird auch in Ermangelung eines wahren oder gültigen Erwerbgrundes Ersitzung zugelassen, wenn nur die irrthümliche Annahme eines solchen durch besondere Umstände gerechtfertigt ist[b] (sog. titulus *putativus*). Andrerseits steht die irrthümliche Annahme eines wirklich nicht vorhandenen Mangels in dem nachgewiesenen an sich rechtmäßigen Erwerbe der Ersitzung nicht entgegen[c], es sei denn, daß der Besitzer das Dasein eines besondern Ersitzungshindernisses (§. 162) irrig angenommen hätte[d].

Anm. [1] Ueber die Bedeutung des Titels bei der Ersitzung enthält lehrreiche Untersuchungen: Stintzing das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre, 1852., die jedoch in dogmatischer wie in historischer Beziehung zum Theil wesentliche Berichtigung erhalten durch Scheurl's Beitr. II. Heft 1. S. 29..86. vgl. Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 157 fg. (civ. Schr. I. S. 12.) Dazu Schirmer die Grundidee der Usucapion im R. Rt. 1855. und „zur Lehre von der

[c] L. 16. D. h. t. L. 1. §. 15. D. de poss. 41. 2. L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. (§. 135. A. 8. §. 138. A. 3.). [d] L. 9. 45. pr. D. h. t. [e] L. 4. D. pro emt. 41. 4. L. 26. D. de poss. 41. 2. cf. L. 26. D. h. t. 41. 3. [f] L. 30. §. 2. D. h. t.

[a] §. 11. J. h. t. L. 27. D. h. t. L. 3. Cod. pro don. 7. 27. L. 4. Cod. pro herede. 7. 29. L. 5. Cod. de praescript. 7. 33. L. 24. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 1. pr. D. pro don. 41. 6. L. 6. D. pro derelicto. 41. 7. L. 1..3. D. pro leg. 41. 8. [b] L. 11. D. pro emt. 41. 4. L. 4. §. 2. L. 5. §. 1. D. pro suo. 41. 10. cf. L. 9. D. pro leg. 41. 8. L. 1. §. 1. 2. D. pro don. 41. 6. L. 2. §. 15. 16. D. pro emt. 41. 4. — L. 31. §. 6. D. h. t. 41. 3. [c] L. 2. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 3. D. pro don. 41. 6. L. 25. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 44. §. 4. D. h. t. 41. 3. [d] L. 32. §. 1. D. h. t. 41. 3.

bona fides und dem iustus titulus" in Linde's Ztschr. n. F. XV. 7. 9. XVI. 1. Fitting über das Wesen des Titels bei der Ersitzung im civ. Arch. LI. 1. 15. LII. 1. 9. 16. H. v. David „zur L. v. sog. Ersitzungstitel nach R. R." 1869; vgl. oben §. 145. A. 4. 5. Bernhöft Titulus iustus und titulus putativus im Just. Rt. 1873. Der Besitztitel im Röm. R. 1875. (vrbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XVII. S. 556 fg.). Windscheid 4. Aufl. §. 178. 179. Brinz 2. Aufl. §. 158..160. [Landsberg die Glosse des Accursius S. 170 fg.]

[2] Ueber das Erforderniß des iustus titulus vgl. vorzüglich: a) L. 27. D. h. t. (Ulp.) Celsus libro trigesimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse; nihil referre, emerit necne, donatum sit necne, si modo emtum vel donatum sibi existimaverit; quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit. Idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit (not. a.). b) L. 11. D. pro emt. 41. 4. (African.) Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam eius erroris emtor habeat; nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit, magis esse, ut usucapio sequatur. — L. 9. D. pro legato. 41. 8. (Hermogen.) Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est; sed et si non iure legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit. L. 4. §. 2. D. pro suo. 41. 10. Quod legatum non sit, ab herede tamen perperam traditum sit, placet a legatario usucapi, quia pro suo possidet. — L. 2. §. 15. D. pro emt. 41. 4. Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re, quam in existimatione; quodsi scias, pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest. §. 16. Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emtio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. (not. b.) Scheurl S. 73 fg. gegen Stintzing a. a. O. S. 87 fg. vgl. Fitting a. a. O. LI. S. 274 fg. [Wächter II. S. 154 fg., wo schwer zu begreifen ist, warum er diesem Lehrbuch vorwirft (Note 10.), daß es diesfalls „sehr ungenau" sei. Vgl. noch Bekker Rt. d. Bes. S. 79 fg.] c) L. 2. §. 2. D. pro emt. Si sub conditione emtio facta sit, pendente conditione emtor usu non capit; idemque est et si putet conditionem exstitisse, quae nondum exstitit; similis est enim ei, qui putat se emisse. Contra si exstitit et ignoret, potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum. (Cf. L. 9. §. 4. D. de iur. et facti ignor. 22. 6.: plus in re est, quam in existimatione mentis). L. 25. D. 24. 1. Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est, confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si (non) mortis causa donaverat (*donaretur?*) ei, non impediretur usucapio; nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit. Itaque licet (non?) mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intelligenda est in ea re, quae, quia aliena est, usucapi potest. (not. c.) Stintzing S. 73 fg. Scheurl S. 54 fg. vgl. Windscheid §. 176. A. 6. §. 177.

A. 9. §. 178. A. 7. Fitting LII. S. 15 fg. d) L. 32. §. 1. D. h. t. (Pomp.) Si quis id quod possidet non putat sibi per leges licere usucapere, dicendum est, etiamsi erret, non procedere tamen eius usucapionem, vel quia non bona fide videatur possidere, vel quia in iure erranti non procedat usucapio. Scheurl S. 60 fg. gegen Stintzing S. 83 fg. und Schirmer in Linde's Ztsch. XV. S. 237 fg. gegen Böcking Inst. §. 147. A. 4. Vgl. Windscheid §. 177. A. 9. a. E. Vangerow §. 317. a. E.

3 Die Usucapionstitel sind so manchfaltig, als die Erwerbgründe des Eigenthums. L. 3. §. 21. D. de poss. 41. 2. cf. L. 13. pr. D. de Publ. act. 6. 2. Bei dem Erwerb durch Tradition werden sie nach den möglichen iustae causae traditionis unterschieden. Vgl. überhaupt Böcking Inst. §. 146. David a. a. O. und vorzüglich die gründliche Erörterung der einzelnen Ersitzungstitel von Fitting a. a. O. Solche sind unter andern:

a) pro *soluto*. L. 46. 48. D. h. t. 41. 3. (L. 46. sqq. sind in Vulgathandschriften als besonderer Titel 41. 4. ausgeschieden, mit der Ueberschrift: „pro soluto"). cf. L. 3. D. pro suo. 41. 10; — b) pro *emtore*. Dig. pro emtore. 41. 4. Cod. pro emtore vel pro transactione. 7. 26. Dabei Zahlung des Preises vorauszusetzen? L. 8. D. de Publ. act. 6. 2. Verneint von Stintzing S. 110 fg. Scheurl S. 65 fg. gegen Böcking §. 147. A. 45. Vangerow §. 320. A. 2. u. a. vgl. Fitting LI. S. 18..30. (Ueber usucapio pro mancipato: Ubbelohde [Festschrift zu Röstell's Doctor-Jubil.] 1873. vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 177. A. 1. Hölder in d. krit. Vjschr. XVI. S. 544 fg.) — c) pro *herede*, *α*) zum Vortheil des wahren Erben bezüglich vermeintlicher Erbschaftssachen? L. 3. D. pro her. 41. 5. cf. L. 44. §. 4. in f. D. h. t. 41. 3; *β*) zum Vortheil des vermeintlichen Erben bezüglich wahrer Erbschaftssachen? Aelteres Recht: Gai. II. 52..58. Justinianisches Recht: Dig. pro herede vel pro possessore. 41. 5. Cod. de usucapione pro herede. 7. 29. L. 33. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 7. Cod. de pet. her. 3. 31. L. 4. Cod. in quib. caus. cess. l. t. p. 7. 34. Arndts im Rh. Mus. II. S. 125 fg. (civ. Schr. I. 12.), Beitr. I. S. 75. (civ. Schr. II. S. 358) fg. Huschke in d. Zeitschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 7. Schmid §. 14. A. 60..71. Stintzing S. 24 fg. Scheurl S. 46 fg. Schirmer die Grundidee S. 45 fg. Leist in Linde's Ztschr. n. F. XIX. 13. Vangerow §. 320. A. 1. Fitting LII. S. 239..282. Windscheid 4. Aufl. §. 179. A. 3. Brinz 2. Aufl. §. 159. A. 26 fg. — d) pro *donato:* Dig. pro donato. 41. 6. Cod. de usuc. pro donato. 7. 27. cf. L. 25. 44. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Savigny IV. S. 110..116. 565..583. vgl. A. 2. c. — e) pro *derelicto*. Dig. 41. 7. [Bekker a. a. O. S. 81.] — f) pro *legato*. Dig. 41. 8. — g) pro *dote*. Dig. 41. 9. Cod. 7. 28. — h) pro *transactione*. Cod. 7. 26. vgl. L. 33. §. 3. D. h. t. [Dazu Bekker S. 79.] L. 8. Cod. pro emt. 7. 26. Endlich i) pro *suo*. D. 41. 10. Vgl. L. 1. pr. h. t. Pro suo possessio talis est: quum dominium nobis acquiri putamus, et ex ea causa possidemus, ex qua acquiritur, et praeterea pro suo; ut puta ex causa emtionis et pro emtore et pro suo possideo etc., mit L. 2. eod. Est species possessionis, quae vocatur pro suo; hoc enim modo possidemus omnia, quae mari terra coelo capimus aut quae alluvione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus, veluti partum hereditariae aut emtae ancillae pro nostro possidemus: similiter fructus rei emtae aut donatae aut quae in hereditate inventa est. O. Mayer über L. 4. pr. D. pro suo im civ. Arch. LV. 3. [Bekker S. 81 fg. 84. Note 4.]

[4] Streitig ist, ob und inwiefern auch das rechtskräftige Urtheil über das Eigenthum einen Ersitzungsgrund abgebe? Dafür [schon die Glosse: Landsberg die Glosse des Accursius S. 183 fg.] Donell. comm. V. 14. §. 12. Arndts im civ. Arch. XIII. 15. (civ. Schr. I. 13. vgl. das. S. 16.) Vangerow 6. Aufl. §. 320. A. 3. Schmid §. 14. A. 100. Sintenis I. §. 51. A. 52. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 209 fg., welcher die Annahme eines solchen Usucapionstitels zwar seiner Grundlehre widerstreitend findet, gleichwohl aber das Dasein desselben nicht in Abrede zu stellen wagt, „nicht sowohl wegen L. 3. §. 1. D. de Publ. 6. 2.. als wegen L. 13. §. 1. D. de iureiur. 12. 2. und L. 33. §. 3. D. h. t., wornach es den Anschein hat, als ob nicht nur das Urtheil, sondern auch Transaction und Eid als Besitztitel, vielleicht als Surrogate ursprünglicherer Besitztitel, gegolten hätten." Dagegen Unterholzner I. §. 116. u. Schirmer das. (2. Aufl.) Danz in Linde's Zeitschr. V. 19. Stephan im civ. Arch. XXXI. 10. [S. 353..373.] Scheurl a. a. O. S. 82 fg. Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 121 fg. Böcking Inst. §. 146. A. 28. und auch Vangerow 7. Aufl. §. 320. A. 3. Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 179. a. E. „Das rechtskräftige Urtheil ist kein Ersitzungsmittel (titel?); es kann nur in Betracht kommen als Rechtfertigung des Glaubens an den Eigenthumserwerb durch denjenigen Titel, auf Grund dessen das Urtheil das Eigenthum zugesprochen hat." [Kanzler Urtheil und Ersitzung. Inaug.Diss. 1879.] Dagegen Brinz 2. Aufl. §. 159. S. 620. „Außer der Dereliction gibt es noch einige Ersitzungsgründe, welche keine Eigenthumserwerbsgründe sind, hinwieder nicht sowohl des Erwerbsgrundes überheben, wie die Dereliction, als das Dasein eines solchen nach gemeiner Glaubwürdigkeit verbürgen. Von dieser Art sind der gerichtliche (auf das Dasein des Eigenthums geleistete) Eid und das richterliche rechtskräftige (Eigenthum declarirende) Urtheil." Dazu nach „verbürgen" A. 23. „So wesentlich Arndts in Betreff des rechtskräftigen Urtheils . . und ähnlich trotz scheinbarer Opposition Windscheid P. §. 179. a. E."

## §. 160.

### cc) Guter Glaube des Besitzers.

Der Besitzerwerber muß ferner in gutem Glauben (*bona fide*) sein [1], d. h. er darf keine Kenntniß derjenigen Umstände haben, wegen welcher sein Erwerb als ein materiell unrechtlicher erscheint, und welche daher der sonst möglich gewesenen Erwerbung des Eigenthums wirklich entgegenstanden [a]; in der Regel also muß er, sofern er nicht etwa außerdem einen in der That nicht vorhandenen Mangel seines Erwerbes irrthümlich annahm [b], glauben, sofort das Eigenthum erworben zu haben [c]. Dieser gute Glaube, bona fides, wird nach römischem Recht nur bei der Besitzerwerbung [d], bei dem Erwerb durch Kauf zudem auch schon zur Zeit des Kaufvertrages [e], nach heutigem Recht [f] aber während der ganzen Ersitzungs-

[a] L. 109. D. de V. S. L. 2. §. 1. 17. L. 7. §. 4. 5. 6. D. pro emt. 41. 4. L. 12. 38. D. h. t. L. 27. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 30. Cod. de evict. 8. 44 (45). L. 17. Cod. de rei vind. 3. 32. [b] L. 2. §. 2. D. pro emt. (§. 159. not. c.). [c] L. 1. 3. 5. D. pro suo. 41. 10. cf. L. 28. D. de noxal. act. 9. 4. [d] L. un. §. 3. Cod. de usucap. transform. 7. 31. L. 10. pr. L. 15. §. 3. L. 48. D. h. t. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. [e] L. 2. pr. §. 13. D. pro emt. cf. L. 10. pr. L. 48. D. h. t. 41. 3. L. 7. §. 16. 17. D. de Publ. act. 6. 2. [f] cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.)

zeit erfordert[2]. Der gute Glaube kann in irriger Voraussetzung des Rechts derjenigen Person, von welcher man seinen Erwerb ableitet[g], oder auch in der Unkenntniß anderer Mängel des Erwerbacts beruhen[h]; er hilft nicht, wenn er die Ersitzungsfähigkeit der Sache betrifft[i]; er muß zudem in Ansehung des Gegenstandes bestimmt sein[k]. Den guten Glauben muß der Ersitzende selbst haben, wenn auch der Besitz durch einen Andern erworben wird (§. 140); daher beginnt die Ersitzung nicht, bevor jener von der Besitzerwerbung Kunde erhalten hat. Nur wo Besitzerwerbung durch einen Andern ohne Willen des Erwerbers stattfindet (§. 141), kommt es auf den guten Glauben des ersten an[l], doch zugleich auch auf den des letzten, wenn er willensfähig ist und von dem Erwerbe Kenntniß hat[3]. Der gute Glaube muß übrigens auf einem entschuldbaren Irrthum[m], darf also, der Regel nach[n], nicht auf einem Rechtsirrthum beruhen[4]. Was den Beweis betrifft, so liegt dem Ersitzenden zunächst nur ob, den Sachverhalt darzuthun, der seinen Erwerb als rechtlichen Erwerb erscheinen läßt[o]; der Gegner mag alsdann die Umstände darlegen, welche erkennen lassen, daß jenem das Unrecht seines Erwerbes ursprünglich bekannt oder nur aus unentschuldbarem Irrthum unbekannt gewesen, oder, nach heutigem Recht, später bekannt geworden sei[5].

Anm. [1] Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung (oben §. 109. a. E.), hat durch treffliche Darstellung die Ansicht zur Geltung gebracht, daß die bona fides bei der Ersitzung als die positive Ueberzeugung, das Eigenthum erworben zu haben, aufzufassen und so als der eigentliche Grund der Ersitzung anzusehen (arg. L. 12. §. 8. D. de captiv. 49. 15. „ius bonae fidei emtoris vetustissimum"), nur als deren objective Grundlage ein Usucapionstitel nachzuweisen sei. Vgl. Savigny III. S. 371 fg. Diese Ansicht ist jedoch von Stintzing und Scheurl a. a. O. mit erheblichen Gründen in doppelter Beziehung angefochten, einmal insofern als die bona fides wesentlich nur die Unkenntniß des materiellen Unrechts im Erwerbe voraussetzt (not. a.), sodann insofern als auch ohne jenen Glauben die an sich dazu geeignete Erwerbart die Ersitzung zu begründen vermag (not. b.). Dagegen ist die historische Ausführung Stintzing's, daß ursprünglich bona fides des Erwerbers, wenn er nur nicht ein Furtum begangen, gar nicht erforderlich gewesen und auch das Erforderniß des Usucapionstitels erst von der Publiciana actio (§. 170.) auf die Ersitzung übertragen worden sei, treffend widerlegt von Scheurl a. a. O. Zum Theil abweichende Auffassungen des Wesens der bona fides finden sich wieder bei Böcking

[g] pr. J. h. t. 2. 6. Gai. II. 43. L. 27. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. §. 8. D. pro emt. L. 109. D. de V. S. cf. L. 5. pr. D. pro derel. 41. 7. [h] L. 13. §. 1. D. h. t. 41. 3. L. 2. §. 15. 16. L. 11. 14. D. pro emt. L. 7. §. 2. 4. L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. [i] L. 136. D. de R. J. (§. 162). [k] L. 43. pr. D. 41. 2. L. 4. §. 1. D. pro emt. [l] L. 2. §. 10..13. L. 7. §. 8. D. pro emt. 41. 4. L. 8. pr. L. 43. §. 1. L. 47. D. h. t. [m] L. 44. in f. D. h. t. 41. 3. L. 5. (§. 1.) D. pro suo. 41. 10. [n] L. 31. pr. L. 32. §. 1. D. h. t. L. 4. D. de ignor. 22. 6. L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 5. (§. 1.) D. pro suo. 41. 10. [o] L. 30. Cod. de evict. 8. 44 (45).

Inst. §. 147. Brinz 1. Aufl. S. 210 fg. Schirmer in Linde's Ztschr. a. a. O. Vgl. auch Keller §. 133. Windscheid §. 176..178. Burkhard über den Begriff und Beweis der bona fides bei der Eigenthumsersitzung, in Linde's Ztschr. n. F. XXI. 9. 10. [Bechmann der Kauf I. S. 619 fg.] — Ueber die Fragen insbesondere, ob und wann [Rechtsirrthum (§. 62. A. 7.) und] der Zweifel über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes den guten Glauben ausschließen? Böcking §. 147. A. 14. Schirmer XV. S. 225 fg. Wächter die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums. 1871. [Pand. II. S. 49 fg. 156 fg.] Bruns das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Ein praktisches Gutachten nebst einem theoret. Nachtrag. 1872. (vrbr. Göppert in d. Ztschr. für deutsche Gstzg. VI. S. 404 fg. [Kanzler a. a. O. §. 4. Bernh. Mager Begriff der bona fid. (Diss. 1878); dieser sei bald positiv, bald negativ zu fassen; nur im letzteren Falle sei entschuldbarer Irrthum wesentlich.] vgl. auch Regelsberger im prakt. Arch. n. F. IX. S. 184 fg.). Bruns im civ. Arch. LVII. 14. Hesse LVIII. 10. — Windscheid 4. Aufl. §. 176. 177. Brinz 2. Aufl. §. 161. [Vgl. noch Pernice Labeo II. S. 152 fg. 207 fg. Landsberg die Glosse des Accursius S. 159 fg.]

[2] Nach R. R. gilt die Regel: ***mala fides superveniens non nocet;*** nach canon. Recht dagegen: oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae (§. 109. A.). Aber: mala fides auctoris non nocet. L. 5. pr. D. de div. temp. 44. 3. Vgl. jedoch §. 161. A. 3. §. 162. 2. c. [Bekker S. 82 fg.]

[3] L. 2. §. 13. D. pro emt. Si servus bona fide emerit peculiari nomine, ego, ubi primum cognovi, sciam alienam, processuram usucapionem Celsus ait, initium enim possessionis sine vitio fuisse. Sed si eo (ipso) tempore, quo emit, quamquam id bona fide faciat, ego alienam rem esse sciam, usu me non capturum. Scheurl I. S. 226 fg. glaubt mit Donell. V. 17. §. 7., daß hiernach die Usucapion durch die bloße scientia domini rem alienam esse, auch ohne Kenntniß vom Erwerbe, ausgeschlossen sei. Allein von demjenigen, welcher vom Besitzerwerbe gar nichts weiß, kann man nicht mit Donellus sagen: „coepit rem mala fide possidere." Jene scientia ist an sich so wenig mala fides, wie die ignorantia bona fides; sie wird dies erst durch die Verbindung mit dem Erwerbwillen, der ohne Wissen nicht denkbar ist.

[4] L. 31. pr. D. h. t. Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest; vgl. §. 159. A. 2. d. Savigny a. a. O. S. 375. Daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, wenigstens in dem Falle der not. g., nicht ankomme, behauptet Stintzing S. 66. vgl. S. 108 fg. Dagegen mit Recht Scheurl Beitr. S. 68 fg. Ob auch dem Minderjährigen der Rechtsirrthum schade? Puchta §. 57. not. o. Böcking Inst. §. 146. A. 11. Schirmer a. a. O. XVI. S. 11 fg.; dagegen Savigny III. S. 431. Scheurl S. 74. arg. L. 11. Cod. de iur. et facti ignor. 1. 18.

[5] Ueber den Beweis der bona fides vgl. §. 114. A. 4. und dazu H. Burckhard a. a. O. S. 337 fg. und dessen diss. inaug. „bona fides an praesumatur in usucapiendo rerum dominio?" 1865. [Vgl. Wächter Pand. II. S. 167.] Steht die Fortsetzung der begonnenen Ersitzung wegen mala fides superveniens in Frage, so ist wohl auch ein nicht entschuldbarer Irrthum zu berücksichtigen. Denn das canonische Recht legt nur, quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est, der später eintretenden conscientia rei alienae die Wirkung bei, die Ersitzung zu unterbrechen; dies trifft nicht zu, wenn auch nur aus Rechtsirrthum der Besitzer in gutem Glauben bleibt. Vgl. jedoch §. 114. not. o. — Neuere Gesetzgebungen schließen wohl den canonischen Rechtssatz wieder völlig aus. Arndts civ. Schr. III. S. 438.

## §. 161.

### dd) Dauer des Besitzes.

Der Besitz muß bei beweglichen Sachen drei Jahre dauern, bei unbeweglichen zehn oder zwanzig Jahre[a], je nachdem Besitzer und Eigenthümer in derselben Provinz (in demselben Obergerichtsbezirk) ihren Wohnsitz haben, d. i. inter praesentes, oder nicht, d. i. inter absentes[b]. Ist jenes während eines Theils der Ersitzungszeit der Fall, so ist nur für den übrigen Theil der zehn Jahre das Doppelte zu rechnen[c]. Vollendet ist die Ersitzung mit dem Anfang des letzten Tages des gesetzlichen Zeitraums[d].

Der Ersitzende kann indessen, wenn er durch abgeleiteten Erwerb den Besitz erlangt hat, den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers dem seinigen hinzurechnen[e] (d. i. *accessio possessionis*[1]), und so auch den der Vorgänger des letzten, den dieser sich zurechnen konnte[f], vorausgesetzt, daß der Besitz ohne Unterbrechung von dem einen auf den andern übergegangen[g] und bei dem Successor wie beim Auctor zur Ersitzung geeignet ist[h]. Eine solche Besitzzurechnung wird auch gestattet[i], wenn vermöge einer auflösenden Bedingung oder aus anderem Grunde ein Veräußerungsgeschäft rückgängig wird und so der Besitz an den Veräußerer zurückgelangt[2]. Der Erbe aber, und gleich ihm ein andrer Universalsuccessor, tritt auch rücksichtlich der vom Erblasser bereits angefangenen und bis zum Tode fortgesetzten Ersitzung vollständig in dessen Stelle ein[l], so zwar[3], daß jene auch schon vor Antretung der Erbschaft vollendet werden kann[m], vorausgesetzt, daß nicht durch Zwischenbesitz eines Andern der Uebergang auf den Erben unterbrochen sei[n].

Anm. 1 Die accessio possessionis kam nach älterem Recht noch in einer andern Anwendung, bei dem interdictum utrubi, in Betracht, die im Justinianischen Recht weggefallen ist; Gai. IV. 151. §. 4. J. de interd. 4. 15. (§. 172.); worauf aber manche in diesem aufgenommene Stellen sich bezogen haben, L. 13. §. 1. 4. 5. 7. D. de poss. 41. 2. L. 14. §. 3. D. de div. temp. 44. 3., die nun zum Theil keine praktische Bedeutung mehr haben. Dagegen fand sie nach älterem Rechte bei der Ersitzung nicht in gleichem Umfang wie nach Justinianischem Recht, und vielleicht in verschiedenem Umfang bei der usucapio und longi temporis praescriptio statt; §. 12. 13. J. h. t.

[a] pr. J. h. t. [b] L. 12. Cod. de praescr. l. t. 7. 33. [c] Nov. 119. cap. 8. [d] L. 15. pr. D. de div. temp. 44. 3. L. 6. 7. D. h. t. 41. 3. (§. 89.). [e] Dig. de div. temp. pr. et de accessionibus possessionum. 44. 3. L. 13. D. de poss. 41. 2. — §. 13. J. h. t. L. 2. §. 16. 18. 20. D. pro emt. 41. 4. L. 11. Cod. de pr. l. t. 7. 33. L. un. §. 3. Cod. de usuc. transform. 7. 31. [f] L. 15. §. 1. D. h. t. 44. 3. [g] L. 15. §. 1. cit. L. 13. cit. §. 4. cf. L. 20. D. h. t. 41. 3. [h] L. 13. cit. §. 13. L. un. Cod. cit. cf. L. 5. pr. D. 44. 3. [i] L. 6. §. 1. D. 44. 3. L. 13. §. 2. D. de poss. 41. 2. L. 19. D. h. t. 41. 3. cf. L. 7. §. 4. D. pro emt. 41. 4. [k] L. 13. §. 7. D. de poss. 41. 2. cf. L. 39. eod. [l] §. 12. J. h. t. L. 2. §. 18. 19. D. pro emt. 41. 4. L. 22. 44. §. 3. D. h. t. 41. 3. [m] L. 31. §. 5. L. 40. D. h. t. L. 6. §. 2. L. 7. pr. D. pro emt. 41. 4. L. 30. pr. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. cf. L. 13. §. 4. D. de poss. 41. 2. [n] L. 20. D. h. t. 41. 3. L. 6. §. 2. cit. in f.

L. un. Cod. cit. Denzinger die accessio possessionis nach dem röm. und can. Rechte. 1842. Vangerow §. 322. A. 2. — Als Regel dafür wird in L. 14. §. 1. D. de div. temp. 44. 3. ausgesprochen: Plane tribuuntur (accessiones possessionum) his qui in locum aliorum succedunt. Aber im pr. sagt dieselbe L. 14: De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.

2 Man hat damit auch den Fall zusammengestellt, wenn der precario verliehene Besitz an den Verleihenden zurückgelangt, nach L. 13. §. 7. cit. (not. k.). Diese Stelle hat sich ursprünglich ohne Zweifel auf das interdictum utrubi bezogen. Im Justinianischen Recht könnte sie nun zwar auf die Ersitzung bezogen werden, zumal da sie außerdem keine Bedeutung mehr hat (so noch die 4. Aufl. dieses Lehrbuches mit Böcking Inst. II. §. 148. A. 34. vgl. mit I. §. 123. A. 39. 41.). Allein nach L. 15. §. 4. D. de precario. 43. 26. vgl. mit L. 3. §. 5. D. de poss. 41. 2. ist doch wohl die Meinung die richtige, daß es hier der accessio gar nicht bedürfe, vielmehr der Besitz des Precaristen, eben so wie der des Pfandgläubigers, und, wenn man auch diesen juristische corporis possessio beilegt, der des Emphyteuta und Superficiars, den Fortgang der Ersitzung des bisherigen Eigenthumsbesitzers gar nicht störe (§. 138. A. 3. §. 158. not. c.), daß somit L. 13. §. 7. cit. wie die auf den Pfandbesitz sich beziehende L. 14. §. 3. cit. 44. 3. ins Justinianische Recht nicht mehr hineinpasse. Vangerow §. 200. A. 1. [S. 358 fg.] Windscheid §. 154. A. 5. §. 181. A. 10. Anders wird für den Fall entschieden, wenn dem Sequester der juristische Besitz übertragen ist: L. 39. D. 41. 2. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si omittendae possessionis causa et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio eius partibus non procederet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. Cf. L. 17. §. 1. D. depos. 16. 3. Puchta §. 156. not. k. Ob nicht dennoch einem Dritten gegenüber zu Gunsten des Siegers die Zeit der Sequestration mitzurechnen sei? Denzinger S. 112. Brinz 1. Aufl. S. 217. Dagegen Vangerow a. a. O. S. 360. Muther Sequestration S. 241 fg. Uebrigens vgl. noch L. 13. §. 9. D. de poss. 41. 2. Si iussu iudicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit [und überhaupt Wächter II. S. 158 fg.]

3 L. 30. pr. D. 4. 6. Cum miles, qui usucapiebat, decesserit, et heres impleverit usucapionem, aequum est rescindi, quod postea usucaptum est, ut eadem in heredibus, qui in usucapionem succedunt, servanda sint, quia possessio defuncti quasi iniuncta (iuncta) descendit ad heredem et plerumque nondum hereditate adita completur. L. 13. §. 4. D. 41. 2. Quaesitum est, si heres prius non possederat, an testatoris possessio ei accedat. Et quidem in emtoribus possessio interrumpitur, sed non idem in heredibus plerique probant, quoniam plenius est ius successionis quam emtionis, sed subtilius est, quod in emtorem, et in heredem id quoque probari. Vgl. Böcking Inst. §. 148. A. 32. „wiederholtes sed, d. h.: aber bei Erben ist es anders, und es wäre auch subtilius = ein zu abstractes Generalisiren, eine Verallgemeinerung, die keine Rücksicht auf die Verschiedenheit der zu entscheidenden Fälle nehme." Die Stelle bezog sich ursprünglich eben so wie §. 5. eod. auf das interd. utrubi, sie gibt keinesfalls eine Stütze für die Meinung, daß zur Vollendung der Ersitzung jedenfalls Besitzerwerb des Erben nothwendig sei, wenn auch die Zeit schon abgelaufen (Unterholzner I. §. 133.). Dagegen L. 6. §. 2. D. 41. 4. „quamvis ... heres possidere non coepisset, fiet tamen eius", L. 31. §. 5. D. h. t.

41. 3. Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit. Vangerow §. 322. A. 2. Nr. 1., zum Theil abweichend Puchta §. 156. not. l., indem er, wenn die Zeit beim Antritt der Erbschaft noch nicht abgelaufen, Besitzergreifung des Erben fordert, sofern nicht die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, arg. L. 30. §. 5. D. de poss. 41. 2., die jedoch dieses nicht beweist, während L. 31. §. 5. cit. dagegen ist. Ihering Abh. S. 251 fg. Scheurl Beitr. I. S. 91 fg. Böcking a. a. O. A. 29..31. Schirmer zu Unterholzner a. a. O. I. S. 472. [Bekker S. 76 fg. 289 fg. Wächter II. S. 160 fg.]. — Auf bona fides des Erben kommt es nach R. R. nicht an, so wie umgekehrt seine bona fides nicht hilft, wenn der Besitz des Erblassers nicht zur Ersitzung geeignet war. §. 12. J. h. t. L. 2. §. 19. D. pro emt. 41. 4. L. 11. D. de div. temp. 44. 3. L. 11. Cod. de poss. 7. 32. Nach heutigem Recht aber wird die noch unvollendete Ersitzung durch die mala fides superveniens, wie des Erblassers selbst, so auch des Erben gehindert (§. 160). — Uebrigens kommt auch dem Vermächtnißnehmer die accessio possessionis in demselben Maße zu Statten, wie dem Erben (in re legata, in accessione temporis, quo testator possedit, legatarius quodammodo quasi heres est: L. 14. §. 1. D. h. t. 41. 3.), und auch des Erben Besitz bis zur Entrichtung des Vermächtnisses wird ihm zugerechnet. L. 13. §. 10. D. de poss. 41. 2.; vgl. Źródłowski a. a. O. S. 65 fg.

## §. 162.

### ee) Ersitzbarkeit der Sache.

Wenn auch alle bisher (§. 158..161) angegebenen Erfordernisse vorhanden sind, so findet gleichwohl in vielen Fällen ordentliche Ersitzung nicht statt, weil manche Sachen durch besondere Rechtsvorschriften von derselben ausgenommen sind. Es sind nämlich:

1) Sachen gewisser Personen der ordentlichen Ersitzung entzogen, so daß diese nur, wenn und weil jene die Eigenthümer sind, nicht stattfindet, also auch wieder zulässig wird, sobald die Sachen aufhören, Eigenthum solcher Personen zu sein[a]. Dahin gehören a) Sachen des Staates[b], res fiscales, b) des Regenten[c], res dominicae, c) der Minderjährigen[d], d) unbewegliche Sachen[e] der Kirchen und milden Stiftungen[1].

2) Gewisse Sachen sind aus objectiven Gründen, ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Eigenthümer, wenngleich wohl aus Rücksicht auf den Eigenthümer, wer dieser auch sei, von der ordentlichen Ersitzung ausgenommen, nämlich:

a) entwendete bewegliche Sachen, res furtivae[2], nach Bestimmung der zwölf Tafeln und der Lex Atinia[f]. Dieses Hinderniß der Ersitzung wird aufgehoben (vitium rei purgatur), sobald die gestohlene Sache in

[a] L. 24. §. 1. D. h. t. 41. 3. [b] L. 18. 24. §. 1. D. h. t. §. 9. J. h. t. [c] Cod. ne rei dominicae vindicatio temporis praescriptione summoveatur. 7. 38. [d] L. 3. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 5. Cod. in quib. caus. nec. 2. 40 (41). cf. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 35 (36). [e] Nov. 111. cap. 1. Nov. 131. cap. 6. cap. 8. X. de praescript. 2. 26. [f] §. 2..7. J. h. t. L. 4. §. 6..21. D. h. t. cf. L. 35. eod. L. 69..71 (68..70). D. de furtis. 47. 2. — L. 1. Cod. de serv. fugit. 6. 1.

die Gewalt des Eigenthümers[3] zurückgekommen ist[g]; daher entsteht es nicht, wenn der Eigenthümer selbst die Sache entwendet hat[h]; b) gewaltthätig in Besitz genommene Sachen (und zwar unbewegliche, denn bewegliche sind in diesem Fall ohnehin als res furtivae[i] der Usucapion entzogen), res vi possessae, nach der Lex Julia und Plautia[k], ebenfalls so lange, als nicht dieselben in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen sind[l]; c) Sachen, namentlich unbewegliche (denn bewegliche sind auch in diesem Falle res furtivae[m]), welche von einem Besitzer in bösem Glauben, ohne Wissen des Eigenthümers, oder ohne daß dieser sein Eigenthum kennt, veräußert worden sind[n], so lange, bis der Eigenthümer, von der Veräußerung und seinem Recht an der Sache unterrichtet, sich in der Lage befindet, dasselbe geltend zu machen; d) Sachen, welche ein Beamter seiner Amtspflicht und gesetzlichem Verbot zuwider als Geschenk oder unter einem andern Rechtstitel erhalten hat; auch dieses Hinderniß wird dadurch beseitigt, daß die Sache in die Gewalt des Eigenthümers zurückkommt[o]; e) Sachen, deren Veräußerung als gesetzlich verbotene nichtig ist[4], insofern dieses Verbot geradezu übertreten oder die Zulassung der Ersitzung selbst als indirecte Veräußerung gegen das Verbot zu betrachten ist[p]; f) streitige Gränzen, insofern nämlich bei dem Gränzstreite die Behauptung des Eigenthums an einem streitigen Gränzstück nicht durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz begründet werden kann[q].

Außerdem ist die Ersitzung einstweilen ausgeschlossen bei Dotalsachen, insofern deren Eigenthum durch Auflösung der Ehe oder Vermögensverfall des Mannes von selbst an die Frau fällt; sie beginnt hier erst von dieser Zeit an[r].

Anm. 1 In den ersten Aufl. wurden auch Sachen der Stadtgemeinden hieher gestellt, mit Unterholzner I. §. 45. 58. Puchta §. 158. not. d. Vangerow §. 317. A. A. 4. u. a. Die dafür angeführten Stellen (L. 2. Cod. 7. 38. L. 12. §. 2. D. 6. 2. L. 9. D. h. t. 41. 3.) erscheinen wiederholter Prüfung nicht genügend, diese Ausnahme (abgesehen von res publicae civitatum) zu begründen. Vgl. dagegen Schmid §. 14. A. 9. Böcking II. §. 145. A. 29. Windscheid §. 182. A. 5. Keller §. 132. A. 25. — Sehr streitig ist auch die Bestimmung unter c), die Sachen der Minderjährigen betreffend. Nach älterem Recht unterlagen selbst Sachen der

[g] L. 4. §. 6..14. D. h. t. §. 8. J. h. t. [h] L. 4. §. 21. D. h. t. L. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 20. §. 1. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 6. Cod. de usucap. pro emt. 7. 26. L. 49. D. h. t. [i] L. 1. D. vi bon. rapt. 47. 8. [k] L. 4. §. 22..25 (26). 27 (28). L. 33. §. 2. D. h. t. [l] §. 8. J. h. t. L. 87 (86). D. de furtis. 47. 2. L. 6. D. vi bon. rapt. 47. 8. L. 5. §. 1. (L. 5. i. f.) Cod. l. c. 7. 26. cf. L. 6. §. 3. D. de precario. 43. 26. [m] §. 3. 4. J. h. t. [n] Nov. 119. cap. 7. [o] L. 8. D. ad leg. Jul. repetund. 48. 11. L. 48. pr. in f. D. de acquir. dom. 41. 1. [p] L. 28. pr. D. de V. S. L. 12. §. 4. cf. L. 9. §. 5. D. de Publ. act. 6. 2. Vgl. L. 12. D. h. t. L. 7. §. 5. D. pro emt. 41. 4. [q] L. 6. Cod. fin. reg. 3. 39. [r] L. 30. §. 2. (L. 30. c. m.) Cod. de iure dot. 5. 12.

Unmündigen der Usucapion, L. 2. D. de eo qui pro tut. 27. 5., aber es war dagegen Restitution möglich. L. un. Cod. si adv. usucap. 2. 35 (36). L. 4. §. 24. D. de doli mali exc. 44. 4. Bei der longi temporis praescriptio dagegen wurde die Zeit der Minderjährigkeit des Eigenthümers gar nicht eingerechnet. L. 3. Cod. 7. 35. Non est incognitum, id temporis, quod in minore aetate transmissum est, in longi temporis praescriptione non computari; ea enim tunc currere incipit, quando ad maiorem aetatem dominus rei pervenerit. Einige halten nun die ältere Regel der usucapio für jede ordentliche Ersitzung nach Justinianischem Recht fest, z. B. Vangerow §. 317. A. A. 5. Andere unterscheiden zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen, z. B. Puchta §. 158. not. g. Keller §. 132. A. 27. 28. vgl. oben §. 157. Wieder Andere, z. B. Mühlenbruch §. 261. A. 7. Unterholzner I. §. 35 fg. und selbst auch Puchta Inst. II. §. 239. not. l., stimmen mit uns überein. Entscheidend für diese Ansicht ist L. 5. Cod. 2. 40 (41). (Justinianus): Sancimus favore imperfectae aetatis exceptionem non numeratae pecuniae ab initio minoribus non currere, ne, dum in integrum restitutionem exspectamus, aliquod emergat obstaculum, per quod huiusmodi beneficio minor uti non possit, vel (al. *ne*) substantia eius subvertatur. Sed humanius est, latius eandem legis interpretationem extendere, in omnibus casibus, in quibus vetera iura currere quidem temporales praescriptiones adversus minores concesserunt, per in integrum restitutionem autem eis subveniebant, eas ipso iure non currere. Melius etenim est intacta eorum iura servari, quam post causam vulneratam remedium quaerere: videlicet exceptionibus triginta vel quadraginta annorum in suo statu remanentibus (*a.* 531.); eine Verordnung, welche im weitern Sinne zu erklären (vgl. L. 30. §. 2. (L. 30. c. m.) Cod. de iure dot. 5. 12. „temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem vel viginti annorum curricula . . . introducta"), ihre Ratio uns berechtigt, und weder L. 2. Dig. noch L. un. Cod. und L. 4. §. 24. cit. und noch weniger L. 4. §. 11. D. h. t. L. 7. §. 3. D. pro emtore. 41. 4. L. 33. D. de furtis. 47. 2. uns abhalten können. Arndts in Linde's Ztschr. XX. 11. (civ. Schr. I. 14.), womit übereinstimmt Schmid §. 14. A. 10. Stephan im civ. Arch. XXXIV. 16. Böcking Inst. §. 145. A. 31. Schirmer zu Unterholzner a. a. O. Windscheid §. 182. A. 11. Uebrigens ist die zweite Ansicht (Puchta §. 158.) dem Ersitzenden nicht günstiger als diese, da die Restitution gegen die vollendete Ersitzung doch nicht versagt werden könnte, die Restitutionsfrist aber nicht kürzer ist, als die Ersitzungszeit beweglicher Sachen. — Nicht entscheidend ist L. 48. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. (§. 156. A. 3.), wo die Verfasser der Basiliken gelesen haben: *si populi sit* statt *si pupilli sit*. Arndts a. a. O. S. 391. A. 1. (S. 151. A. 10.) Stephan S. 369.

[2] Inwiefern auch die Erzeugnisse der gestohlenen Sachen res furtivae seien? s. L. 4. §. 19. L. 10. §. 2. L. 33. pr. D. h. t. L. 48. §. 5. 6. D. de furtis. 47. 2. cf. L. 4. §. 15. D. h. t.; die specificirte Sache? L. 4. §. 20. D. h. t. (§. 155.). Vangerow §. 317. A. B. 4. Schirmer Grundidee S. 129 fg. und Unterholzner I. §. 67. Göppert organ. Erzeugnisse S. 199 fg.

[3] L. 4. §. 6. D. h. t. Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui surrepta est, revertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui surreptum est. Igitur creditori surrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet. Man bemerke darüber:

a) Die Sache ist in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekehrt, wenn dieser den Besitz derselben erlangt hat, und zwar in einer Weise, daß ihm derselbe nicht durch ein Rechtsmittel wieder entrissen werden kann, und die Sache als die seinige ihm entwendete erkennend: L. 4. §. 12. D. h. t. L. 22. D. de poss. 41. 2. L. 87 (86). D. de furt. 47. 2.; aber auch wenn er nur in die Lage versetzt ist, die Sache durch die Eigenthumsklage wieder erlangen zu können, L. 215. i. f. D. de V. S., mag er dies auch unterlassen oder sogar absichtlich dem Entwender selbst oder einem Andern die Sache überlassen. L. 4. §. 13. 14. L. 32. pr. D. h. t. Auch wenn der Entwender aus anderem Grunde Eigenthümer der Sache wird, ist das vitium rei beseitigt. L. 42. in f. D. h. t. Uebrigens kann der Eigenthümer auch durch einen Stellvertreter die Sache wieder in seine Gewalt bekommen; dann muß er aber, wenn ihm die Entwendung bekannt war, auch von der Wiedererlangung Kenntniß erhalten. L. 4. §. 8 . . 11. L. 41. D. h. t. cf. L. 57 (56). §. 2. 4. D. de furt. 47. 2. Streitig ist jedoch der Fall in L. 4. §. 7. D. h. t. Labeo quoque ait, si res peculiaris servi mei surrepta sit me ignorante, deinde eam nactus sit, videri in potestatem meam rediisse; commodius dicitur, etiamsi sciero, rediisse eam in meam potestatem. Nec enim sufficit, si eam rem, quam perdidit (Vulg. *perdidi*), ignorante me servus apprehendat, si modo in peculio eam esse volui; nam si nolui, tunc exigendum est, ut ego facultatem eius nactus sim. Huschke (Linde's Ztschr. n. F. II. S. 187 fg.) emendirt hier nämlich: *officit* anstatt *sufficit*. Böcking §. 145. A. 10. Dagegen Vangerow §. 317. S. 586. Windscheid §. 182. A. 10.

b) Streitig ist, ob nicht ungeachtet der L. 4. §. 6. cit. doch auch die Rückkehr in die Gewalt des Bestohlenen, der nicht Eigenthümer ist, genüge? *α*) Einige behaupten dieses, wenn der Bestohlene Eigenthumsbesitzer war, arg. L. 6. §. 3. D. de precario: „eum, qui vi alterum deiecit . . . si ab eodem emisset, incipere etiam pro emtore posse dominium capere". Mühlenbruch §. 261. A. 14. Schmid §. 14. A. 29. Schirmer die Grundidee der Usucapion, S. 149. 162. Aber diese Stelle sagt nur, daß hier usucapio pro emtore möglich sei, was unbedenklich zuzugeben ist, wenn nur der nicht dejicirte Eigenthümer vindicandae rei potestatem habet, wie ja bei unbeweglichen Sachen regelmäßig der Fall sein wird, gegen welche Erklärung von Schirmer a. a. O. unerhebliche Einwendungen gemacht werden; doch hält auch Vangerow §. 317. S. 589. diese Erklärung für irrig, und nimmt mit älteren Interpreten an, die Stelle sei nicht gerade von einem Usucapions-Besitz pro emtore, sondern von einem Eigenthums-Besitz pro emtore zu verstehen (nach älterem Recht mit Rücksicht auf den Fall formloser Veräußerung eines italischen Grundstücks), während Windscheid a. a. O. ebenfalls der Ansicht ist, sie könne nach Justinianischem Recht doch kaum einen andern Sinn haben, als daß die einem Nichteigenthümer entzogene Sache auch durch Rückkehr in dessen Gewalt wieder ersitzungsfähig werde. *β*) Andere nehmen dasselbe auch an, wenn der Bestohlene ein Pfandgläubiger oder Usufructuar sei, vorausgesetzt, daß deren Verhältniß zur Sache noch fortdauere, Unterholzner §. 68. Vangerow 5. Aufl. §. 317. S. 517.; aber im Widerspruch mit L. 4. §. 6. cit., die willkürlich beschränkend erklärt wird, und inconsequent, wenn man nicht dasselbe auch beim Commodatar und Miether annehmen will, die auch Bestohlene sein können. L. 12. D. de furtis. 47. 2. Die richtige Meinung hat Puchta §. 158. not. k., auch Vangerow 6. Aufl. I. S. 668 fg. 7. Aufl. S. 588. Eine Ausnahme jedoch enthält L. 49. D. h. t. Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Paulus: Imo, forsitan et contra, nam si id, quod

mihi pignori dederis, subripueris, erit ea res furtiva facta; sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit. Sie ist von dem Fall zu verstehen, wenn der Verpfänder und Entwender nicht der Eigenthümer war. Puchta not. l. m. Vangerow S. 587 fg. Böcking §. 145. A. 5. Windscheid a. a. O. (weil „die Entwendung gar nicht gegen das Eigenthumsrecht gerichtet gewesen"); anders Huschke in der Zeitschr. für geschichtl. Rtsw. XIV. S. 257 fg. (das Vitium sei sofort purgirt oder richtiger gar nicht entstanden, wenn der Eigenthümer selbst entwendet hat), und wieder anders Schirmer a. a. O. S. 191 fg., der sich einige, jedoch wohl trügerische Hoffnung macht, die L. 49. cit. dadurch befriedigend zu erklären, daß er sie auf das vom verpfändenden Eigenthümer begangene Furtum an einer Hypothek, nicht an einem Faustpfand, bezieht. Vgl. auch Pagenstecher II. S. 270 fg.

c) Den Stellen in not. k. würde L. 49. cit. widersprechen, wenn nicht die eben angedeutete Erklärung angenommen wird. Eben so ist der scheinbare Widerspruch der L. 6. Cod. 7. 26. zu erklären: Cum sit probatum, rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi: welche Andere mera subtilitate dadurch zu erklären suchen, daß hier nicht von einem reverti in potestatem domini die Rede sein könne. Mühlenbruch §. 261. A. 14. Huschke a. a. O.

[4] L. 28. pr. D. de V. S. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Einzelne Fälle sind: a) Dotalgrundstücke. L. 16. cf. L. 5. 6. D. de fundo dot. 23. 5. L. 42. D. h. t. b) vermachte Sachen, welche der Erbe, des Vermächtnisses bewußt, veräußert. L. 3. §. 3. a. b. (§. 3.) Cod. comm. de legat. 6. 43. c) Sachen, die zu den bona adventitia der Kinder gehören, deren Veräußerung dem Vater untersagt ist. L. 1. in f. Cod. de bon. mat. 6. 60. L. 4. in f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 1. §. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. Nach Endigung der väterlichen Gewalt fällt dies Hinderniß weg; jedoch soll in Ansehung der vom Vater wirklich veräußerten Sachen auch von da an nur dreißigjährige Verjährung eintreten, nach Nov. 22. cap. 24., die freilich zunächst nur von gewissen Sachen spricht, aber füglich auf alle ausgedehnt werden kann. Puchta §. 158. not. u. Dagegen Vangerow §. 317. S. 585. d) Sachen Bevormundeter, die nicht ohne obervormundschaftliches Decret veräußert werden können, arg. L. 3. §. 5. D. de reb. eor. 27. 9., und insoweit denn jedenfalls Sachen Unmündiger und Minderjähriger, selbst wenn man den Satz unter 1. c. (vgl. A. 1.) nicht annimmt; e) res ligitiosae (§. 113. A. 4. h.), wenn der Kläger den Rechtsstreit nicht hat liegen lassen. L. 1. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. A. M. Vangerow §. 317. S. 591. — Die Regel, daß ein gesetzliches Veräußerungsverbot ein objectives Usucapionshinderniß begründe, wird mit Savigny IV. S. 567. überhaupt bestritten von Fitting im civ. Arch. XLVII. 7., und insbesondere den Fall unter a) betreffend gegen Czyhlarz in Linde's Ztschr. n. F. XXII. S. 422 fg., und Bechmann Dotalrecht II. S. 451., im civ. Arch. LI. S. 253..270. Windscheid 4. Aufl. §. 182. A. 14. Brinz 2. Aufl. §. 156.

## §. 163.

### ff) Unterbrechung und Stillstand der Ersitzung.

Die Ersitzung wird unterbrochen, so daß die bisherige Besitzzeit nicht mehr nützt, durch Unterbrechung des Besitzes (*usurpatio* [1]), die von selbst auch eintritt, wenn die Sache eigenthumsunfähig wird (§. 138), sodann

nach heutigem Recht durch später eintretenden bösen Glauben des Besitzers (§. 160). Die Erhebung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer unterbricht zwar nicht geradezu die Ersitzung, hat jedoch, sofern dieser im Rechtsstreite unterliegt, die Folge, daß die später vollendete Ersitzung gegenüber dem Kläger und denjenigen, die in dessen Stelle eintreten, nichts fruchtet[2]. — Von jener Unterbrechung ist auch hier der **Stillstand** der Ersitzung zu unterscheiden (§. 110). Ein solcher tritt ein, wenn nach Beginn der Ersitzung die Sache in das Eigenthum einer Person, gegen welche die ordentliche Ersitzung nicht stattfindet (§. 162. Nr. 1), übergegangen oder in eine Lage gekommen ist, wodurch die Anstellung der Eigenthumsklage von Seiten des Eigenthümers einstweilen rechtlich verhindert wird (§. 110. not. c. §. 162. Anm. 4. c.)[3]. Auch bewirken gewisse factische Hindernisse der Eigenthumsklage (§. 110. not. d.) einen Stillstand sowohl der Ersitzung wie der Klagenverjährung.

Anm. [1] L. 2. D. h. t. Usurpatio est usucapionis interruptio. L. 5. eod. Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deiicitur vel alicui res eripitur; quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes, nec eo casu quidquam interest, is qui usurpaverit dominus sit nec ne, ac ne illud quidem interest, pro suo quisque possideat an ex lucrativa causa. Cf. L. 15. pr. §. 2. D. eod. L. 5. in f. D. pro don. 41. 6. — Die abgedruckte L. 5. ist erst in neuester Zeit befriedigend erklärt von Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 141..150., durch die Nachweisung, daß es nach älterem Recht, wenigstens in Beziehung auf unbewegliche Sachen, auch eine, nur relativ wirksame, civilis usurpatio durch symbolische Handlung gab (Abbrechen eines Zweiges: Cic. de Orat. III. 28. §. 110.). Dagegen Krüger de temp. computat. p. 46 fg. Hölder Zeitberechnung S. 120. Grueber über den Einfluß der Eigenthumsklage auf d. Ersitzung. (1875). S. 11 fg. [Vgl. Voigt die XII Tafeln. II. S. 231 fg.]

[2] Fragm. Vat. §. 12. Usucapio frustra complebitur anticipata lite. L. 17..21. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. §. 21. D. pro emt. 41. 4. cf. Pauli sentt. V. 2. §. 4. (§. 113. A. 4. c.). Für die usucapio des ältern Rechts ist unser Satz unzweifelhaft, sehr bestritten aber, ob und wie fern er noch im Justinianischen Recht gelte? Bei der l. t. pr. nämlich, welche zunächst nur als Einrede wirkte, wurde vorausgesetzt, daß sie schon zur Zeit der Litiscontestatio, ja zur Zeit der Mittheilung der Klage begründet sei, um der Eigenthumsklage wirksam entgegenzutreten. L. 1. 2. 10. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 4. Cod. quib. non obiic. 7. 35. L. 26. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 2. Cod. ubi in rem. 3. 19. Nach Verschiedenheit der Meinungen (§. 157. A. 6.) soll nun entweder a) die Regel der usucapio ausschließlich gelten, Vangerow §. 160. Nr. II. §. 323. A. 1. Savigny VI. S. 55..60., oder b) umgekehrt die Regel der l. t. pr., Schmid §. 14. A. 192., oder c) zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen zu unterscheiden sein, Wening-Ingenheim I. §. 130. a. E. §. 187. Allein auch bei der l. t. pr. kann doch jedenfalls die Unterbrechung durch den Rechtsstreit nur relativ, zu Gunsten des Klägers, wirken, Unterholzner

§. 125. Wening §. 137. Not. f.; es beruht auf eitler Buchstabeninterpretation und führt zu höchst unangemessenen Ergebnissen, wenn man mit Schmid A. 193. das Gegentheil behauptet. Daher ist, zumal bei der Unveräußerlichkeit der res litigiosa, der Unterschied im praktischen Erfolg kaum nennenswerth. Aber die zuletzt angeführten Stellen können auch sehr wohl so verstanden werden, daß anticipata lite die longi temporis praescriptio so wenig wie die von Justinian sogenannte temporalis exceptio per usucapionem inducta gegen den klagenden Eigenthümer noch etwas helfen könne (so namentlich L. 10. cit. Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio, post moram litis contestatae completa, proficit; quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur, d. h. frustra completa est), und ist in diesem Sinne die Abweichung der l. t. pr. von der usucapio, so weit eine solche bestand, im Justinianischen Recht als beseitigt anzusehen. Puchta §. 160. not. f. vgl. Kierulff I. S. 283. — Ueber den Zeitpunkt dieser Unterbrechung s. §. 113. A. 5. Der von Justinian in L. 2. Cod. de ann. exc. 7. 40. für gewisse Fälle eingeführten Verwahrung ist keine andere Wirkung beizulegen, als dem wirklichen Beginn des Rechtsstreits. Puchta not. e. Vangerow §. 323. A. 1. — Dagegen behauptet jedoch wiederum Stephan im civ. Arch. XXXIV. 8., wie Wächter Erörtr. III. S. 99 fg., in Uebereinstimmung mit der Glosse, daß durch L. 2. Cod. cit. 7. 40. stillschweigend auch bezüglich der dreijährigen Ersitzung beweglicher Sachen die in die Pandekten noch aufgenommene Regel des ältern Rechts aufgehoben und directe Unterbrechung durch Insinuation der Klage anerkannt sei; denn wenn eine bloße Protestation genügen solle ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit, wo dies wegen Abwesenheit des Gegners nicht durch Einleitung des Processes zu bewirken war, so sei nothwendig vorauszusetzen, daß im andern Fall die letzte eben diese Wirkung haben müsse. Dieser Ansicht tritt auch Windscheid bei §. 180. A. 7. 8. Derselbe erinnert gegen unsere Ansicht, daß in L. 2. Cod. ubi in rem. und L. 2. Cod. de praescript. l. t. geradezu von einer Unterbrechung der praescriptio und possessio die Rede sei. Aber der Ausdruck in der letzten Stelle „bona fide coeptam possessionem et continuatam nec interruptam inquietudine litis" scheint mir so wie der in L. 4. Cod. quib. non obiic. „si possessio inconcussa sine controversia perseveraverit" unverfänglich; und in der ersten Stelle findet sich nur „ad interrumpendam praescriptionem", was nach der eigentlichen Bedeutung von praescriptio vollends nichts verschlägt. Für ganz entscheidend ferner hält Windscheid den in L. 1. Cod. cit. vorgetragenen Satz, daß die Litiscontestation die Ersitzung nicht bloß für diesen Proceß unterbreche, und darin findet er zugleich das praktische Interesse der Frage, indem, wenn die Ersitzung nur unschädlich gemacht wird, der Proceßbeginn gar keine Bedeutung habe, wenn es nicht zum Urtheil kommt, im Fall der Unterbrechung aber eine neue Ersitzung beginne, und zwar nach L. 9. §. 1. 3. (L. 9. c. m. u. i. f.) Cod. de praescr. 30. ann. eine 40jährige. Aber L. 1. cit. in f. ist im Justinianischen Recht keineswegs nothwendig von einem neuen Proceß gegen denselben Beklagten zu verstehen und gerade nur dann, wenn sie von Wiederaufnahme des liegen gebliebenen verstanden wird, scheint L. 9. cit. hier anwendbar. — Uebrigens wenn nach Windscheid durch die Klage des Eigenthümers die Ersitzung unterbrochen wird, will er dann auch dem dritten Besitzer, der nicht von jenem seinen Erwerb ableitet, gestatten, sich darauf zu berufen, indem er beweist, daß jener Kläger wirklich der Eigenthümer gewesen sei? Windscheid 4. Aufl. §. 180. A. 8. a. E. Dagegen Grueber a. a. O. und über dessen Schrift Eck in d. Jen. Litztg. 1875.

Nr. 40. [und Fr. Hofmann in der Wiener Zeitschrift III. S. 737 fg.] vgl. Brinz 2. Aufl. §. 163. A. 4. fg.

[3] Sehr streitig ist, ob aus diesem Grunde auch die Ersitzung des tignum innctum stillstehe? (§. 138. A. 4. §. 152. A. 4, f., §. 158.). Die herrschende Meinung bejaht die Frage, während Andere mit Böcking Inst. I. §. 124. A. 15. 16. II. §. 145. A. 2. dabei die Ersitzung definitiv ausschließen, weil der Besitz aufhöre. Beiden Meinungen macht L. 30. §. 1. D. h. t. Schwierigkeit, die man auf verschiedene Weise zu beseitigen sucht. Dieser entgeht Windscheid §. 152. A. 6. [vgl. §. 175 a.], indem er Fortgang der vor der Verbindung begonnenen Ersitzung behauptet, obgleich dem Eigenthümer die Vindication unmöglich sei, da er dafür in der actio de tigno iuncto ausreichenden Ersatz habe. Daß die Ersitzung ausgeschlossen sei, ob auch der Besitz an dem tignum iunctum als Bestandtheil fortdauere, beweisen L. 23. §. 7. D. de rei vind. 6. 1. und L. 7. §. 11. D. de acquir. dom. 41. 1. jedenfalls nicht. Vangerow I. §. 204. S. 374.

## §. 164.

### β) Außerordentliche Ersitzung.

Die außerordentliche Ersitzung wird vollendet durch ununterbrochenen dreißig- oder vierzigjährigen Eigenthumsbesitz, vorausgesetzt, nach römischem Rechte, daß der Besitzer in gutem Glauben zu besitzen angefangen habe, nach canonischem Rechte, daß er auch während der Verjährungszeit nicht in bösen Glauben versetzt worden sei[1]. Den guten Glauben hat auch hier nicht der Besitzer zu beweisen, aber er braucht auch nicht einmal durch Nachweisung eines rechtmäßigen Erwerbgrundes denselben zu begründen[2]. Die übrigen Voraussetzungen dieser Ersitzung bestimmen sich lediglich nach den Erfordernissen der Verjährung der Eigenthumsklage[3]. Sofern nur diese vorhanden sind, können auch die der ordentlichen Ersitzung nach §. 162 entzogenen Sachen durch außerordentliche Ersitzung erworben werden[4].

Anm. [1] Vgl. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. (§. 157. A. 3.) mit cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 160. A. 2.) Streitig: ob hier auch der unentschuldbare Irrthum, also auch der Rechtsirrthum nicht schade? Savigny III. S. 371. A. b. Dagegen Vangerow §. 325. Nr. 2. Scheurl Beitr. II. S. 80 fg. Böcking Inst. II. §. 149. A. 10. Vgl. Seuffert's Arch. XI. 17 a. XV. 3., und oben §. 114. A. 4. §. 160. A. 1. 4. Windscheid 4. Aufl. §. 183. A. 2. — Zu L. 8. cit. vgl. noch Tewes im civ. Arch. LIV. 1.

[2] Das Gegentheil behaupten mit andern wieder Herrmann in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 374 fg. und Brinz 1. Aufl. §. 62. gegen die von jeher mit Recht herrschende Meinung. Vgl. [Gratian zu] cap. 15. C. 16. qu. 3. Windscheid a. a. O., aber wieder Brinz 2. Aufl. §. 157. A. 4 fg.

[3] Fritz in Linde's Ztschr. III. 28. „Sind die Erfordernisse der sog. außerordentl. Eigenthumsersitzung nach den Regeln zu bestimmen, die von der ord. Ersitzung gelten, oder nach denjenigen, welche von der Klagenverjährung gelten?" gegen Unterholzner II. §. 177. 178., vgl. oben §. 107..110.

4 In Betreff der res furtivae hat Zweifel dagegen erregt die P.G.O. v. 1532. Art. 209. „Und kann an solcher gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden." Die herrschende Meinung hat aber diesen Satz stets nur auf die ordentliche Ersitzung bezogen. Unterholzner I. §. 60. A. M. Göschen II. §. 268. [Wächter II. S. 153. Note 16.] — Eine andere Frage ist, ob auch res publicae der außerordentlichen Ersitzung unterliegen? Schmid in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. S. 66. sagt: „Niemand nimmt die res publicae von der außerordentlichen Ersitzung aus." Aber vgl. Göschen II. §. 254. A. 1. 3. Puchta §. 158. not. a.] Böcking Pand. II. §. 33. 35. Inst. §. 145. A. 29. Windscheid §. 183. A. 3.

## IV. Schutz des Eigenthums und des Eigenthumsbesitzes [a].

### §. 165.

### A. Eigenthumsklagen.

Zum Schutze des Eigenthums dienen zwei verschiedene Klagen, rei vindicatio und negatoria actio. Die erste, die man vorzugsweise unter der Eigenthumsklage zu verstehen pflegt, findet gegen solche Anmaßungen statt, wodurch dem Eigenthümer die Ausübung des Eigenthums im Ganzen entzogen wird, durch Vorenthaltung des Besitzes nämlich. Die andere bezweckt die Abwehr partieller Eingriffe in das Eigenthumsrecht, Geltendmachung der Freiheit des Eigenthums gegen anmaßliche Beschränkung desselben. Uebrigens kann das Eigenthum nach Umständen auch durch Einrede, exceptio dominii, geschützt werden, wenn nämlich gegen den Eigenthümer durch Klage ein Anspruch verfolgt wird, welcher seinem Eigenthumsrecht widerstreitet.

Anm. In weiterem Umfang stellt Brinz 1. Aufl. §. 64..68. unter „die Actionen des Eigenthums" auch die Theilungsklagen und solche Klagen, welche aus verschiedenen materiellen Verletzungen des Eigenthumsgegenstandes für den Eigenthümer sich ergeben. Vgl. unten §. 320. 321. 328..331. Brinz 2. Aufl. §. 172..177. [E. Hoffmann die Regulirung des dinglichen Mobiliarschutzes namentl. mit Rücksicht auf die bevorstehende deutsche Civilgesetzgebung, im pract. Arch. N. F. XIII. 12. S. 171 fg.]

#### 1) Rei vindicatio [a].

### §. 166.

#### a) Voraussetzungen der Rei Vindicatio [1].

Der Grund der R. V. ist das Eigenthum, ihre Veranlassung ist die Vorenthaltung des Besitzes. Sie steht daher dem nicht besitzenden Eigenthümer zu [2] gegen den Besitzer [b], dieser mag in fremdem oder in

[a] X. de causa possessionis et proprietatis. 2. 12. Clem. 2. 3.

[a] Dig. de rei vindicatione. 6. 1. Cod. 3. 32. [b] §. 2. J. de act. 4. 6. L. 1. §. 6. D. uti poss. 43. 17.

eigenem Namen besitzen[c], welcher jedoch im ersten Fall durch Nennung desjenigen, in dessen Namen er besitzt (*laudatio* oder *nominatio auctoris*[2a]), der Klage entgeht[d]. Demnach liegt dem Kläger der Beweis ob[3], daß er Eigenthümer sei[e], und daß der Beklagte sich im Besitze befinde[f]; er kann jedoch, wenn er das letzte gegen den ableugnenden Beklagten bewiesen hat, sofort Uebertragung des Besitzes erlangen und so den Beweis des Eigenthums sich ersparen[g]. Gegen den Nichtbesitzenden kann als fingirten Besitzer die Klage mit Erfolg angestellt werden, wenn er entweder a) trüglicher Weise auf den Rechtsstreit sich eingelassen hat, als ob er besitze, *si liti se obtulit*[h], oder b) mit rechtswidrigem Vorsatz des Besitzes sich entäußert hat, *si dolo malo possidere desiit*[i], nicht auch, wenn er ohne Dolus zu besitzen aufgehört hat[k]. Gegenstand der Klage kann eine bestimmte einzelne Sache sein[l], oder ein intellectueller Theil derselben[m], bei Grundstücken auch ein reeller Theil (locus certus)[n], oder auch eine Sachgesammtheit, z. B. eine Heerde[o], als Ganzes[4]. Ist eine bewegliche Sache, ohne Eigenthumsänderung (§. 152), mit einer andern Sache körperlich verbunden, so muß deren Vindication, wo möglich (§. 131. Anm. 1. a. E.), durch Klage auf Trennung (actio ad exhibendum) vorbereitet werden[p].

Anm. [1] Eine ausführliche Erörterung der Lehre von der rei vindicatio enthält Schmid Hdb. §. 15. S. 268 .. 352. Vgl. Wetzell der römische Vindicationsproceß, 1845, eine rechtsgeschichtliche Untersuchung, womit zu vgl. Schirmer's zu §. 93. A. 2. angeführte Abhandlung. Dazu Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts. 1857. Nachträge zu dieser Schrift in d. dogm. Jahrb. X. 2. Heimbach im Rtslex. XIII. S. 1..240. Windscheid 4. Aufl. §. 193 .. 197 („Eigenthumsanspruch wegen Vorenthaltung der Sache"). Brinz 2. Aufl. §. 167 .. 170.

[2] §. 2. in f. J. de act. 4. 6. ... In controversiis rerum corporalium ... is agit, qui non possidet, ei vero qui possidet non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. *Sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet*, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. Ueber diesen viel gesuchten unus casus, dabei insbesondere über die Zulässigkeit der Eigenthumsklage des juristischen Besitzers gegen den in seinem Namen detinirenden Inhaber der Sache, vgl. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. I. 2. Dagegen wieder Zimmermann das. XI. 8., welcher den unus casus durch Bezugnahme auf das Verhältniß des fictus possessor (§. 167. not. l.) herauskünstelt, gegen diesen aber neuerdings Fritz a. a. O. XVIII. 21. XIX. 3. Ueber andere Erklärungsversuche Vangerow I. §. 332. A. 3. a. E.;

[c] L. 9. D. h. t. [d] L. 2. Cod. ubi in rem actio exerceri debeat. 3. 19. [e] L. 9. 23. pr. D. h. t. L. 28. Cod. h. t. §. 4. J. de interd. 4. 15. [f] L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 27. §. 1. eod. [g] L. 80. D. h. t. [h] L. 25..27. pr. D. h. t. cf. L. 13. §. 13. L. 45. D. de her. pet. 5. 3. [i] L. 27. §. 3. L. 36. pr. D. h. t. cf. L. 20. §. 6 c. (§. 6.) L. 25. §. 8. D. de her. pet. 5. 3. L. 131. L. 157. §. 1. D. de R. J. — L. 3. §. 5. L. 4. pr. §. 1. D. de alienat. iud. mut. 4. 7. [k] L. 27. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. [l] L. 1. §. 1. L. 6. D. h. t. cf. L. 49. §. 1. eod. [m] L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 6. L. 76. §. 1. D. h. t. [n] L. 8. D. h. t. [o] L. 1. §. 3..L. 3. pr. D. h. t. [p] L. 23. §. 5. D. h. t. L. 6. D. ad exhib. 10. 4. cf. L. 56. D. h. t.

dazu Witte das Interd. uti possidetis, S. 74., welcher an den Fall denkt, wenn Jemand als Dejicirter dem vitiösen Besitzer gegenübersteht (§. 172. A. 2.) [neuestens Ubbelohde Ztschr. für Rechtsgesch. XIII. S. 401 fg., der als eine von Francke vertretene Meinung mittheilt, es handle sich um den Fall, wenn der im interd. retin. poss. unterlegene Besitzer, der statt der (im alten Recht nicht erzwingbaren) Naturalrestitution die litis aestimatio erlegt hatte, als Kläger den Nachweis seines Eigenthums zu dem Zweck übernehme, um den als Ersatz für die Umkehrung der Beweislast im Eigenthumsprocesse geleisteten Theil der Litisästimation zurückzufordern — wonach der Fall schon für das Justinianische Recht als antiquirt erschiene.] Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 196. A. 5. Brinz 2. Aufl. §. 167. A. 27. [Landsberg die Glosse des Accursius S. 274.]

[2a Vgl. nun R.C.P.O. §. 73. „Urheberbenennung". Mandry Reichsges. S. 268 (2. Aufl. S. 364) fg. Kannengießer d. proceßhindernde Einrede. Ein Beitrag zur L. v. d. nom. auct. 1878. Drbr. Kohler krit. Vjschr. XXII. S. 385 fg. Zu L. 9. D. de R. V. not. c. vgl. Bekker Rt. d. Bes. S. 166 fg.]

3 Der Beweis des Eigenthums wird geführt durch den Beweis der Erwerbung, vorbehaltlich des Gegenbeweises spätern Verlustes (§. 114. not. k. l.). Bei abgeleiteter Erwerbung gehört zur Vollständigkeit jenes Beweises auch der Beweis des Eigenthums des Rechtsurhebers, L. 20. pr. D. de acquir. dom. 41. 1., so daß also auf eine ursprüngliche Erwerbart, Ersitzung oder eine andere, zurückzugehen ist. Vgl. Unterholzner im civ. Arch. VII. 13. Falkenstein das. X. 11. gegen Thibaut das. VI. 15., Delbrück S. 2..4. 283. Dagegen freilich wieder Brinz 1. Aufl. S. 245 fg. Pagenstecher III. S. 143 fg., aber vgl. Vangerow I. §. 332. A. 1. Windscheid §. 196. A. 3., dagegen wieder Brinz 2. Aufl. §. 168. A. 3. 4. — Ueber den Beweis des Miteigenthums: Arndts im Rh. Mus. III. 12. (civ. Schr. I. 15.). — Ueber die Zeit, in welcher des Klägers Eigenthum bestehen muß, s. §. 118. A. 4. a. c. und A. 5. — Vindication widerruflichen Eigenthums: L. 41. pr. L. 66. D. h. t. L. 29. D. de m. c. don. 39. 6. — Ueberhaupt „über die Stellung der Parteien bei den singulären dinglichen Klagen" Hoffmann im prakt. Arch. IX. 7.

4 Ueber diesen Fall vgl. insbesondere Girtanner in d. dogmat. Jahrb. III. S. 108 fg. und Exner Tradition S. 216 fg. vgl. §. 130. A. 6.

## §. 167.

### b) Erfolg der Rei Vindicatio.

Ziel der Eigenthumsklage ist, daß nicht nur des Klägers Recht anerkannt, sondern auch die demselben zugefügte Verletzung aufgehoben werde. Dem siegenden Kläger ist daher vor Allem die Sache selbst herauszugeben[a]. Ist der Beklagte dazu außer Stande, aus einem Grunde, für den er verantwortlich ist, so hat er dem Kläger dafür Ersatz zu leisten (id quod eius interest). Verantwortlich aber ist jeder Beklagte für seinen Dolus (quia dolo malo possidere desiit), für seine Culpa vom Beginn des Rechtsstreites an; der Besitzer in bösem Glauben haftet von da an selbst für den Zufall, sofern der Schaden im Fall früherer

a L. 10..13. L. 68. D. h. t. §. 2. J. de off. iud. 4. 17.

Herausgabe den Kläger nicht betroffen hätte; und zwar kann der Betrag des Schadensersatzes, falls dem Beklagten dolus oder lata culpa zur Last fällt, durch Schätzungseid des Klägers bestimmt werden[b]. Nach denselben Unterscheidungen ist auch die Ersatzpflicht des Beklagten zu bestimmen, wenn er die Sache nur in verschlechtertem Zustande zu restituiren vermag[c], nur mit dem Zusatz, daß in diesem Fall der Besitzer in bösem Glauben zugleich wegen der vor dem Rechtsstreit begangenen Culpa zum Ersatz verurtheilt wird[d]. Außerdem gebührt dem Kläger in gleichem Maße auch Erstattung alles desjenigen (*omnis causa*), was zu der Hauptsache hinzugekommen oder durch deren Besitz gewonnen worden ist oder was er jetzt haben würde, wenn ihm dieselbe nicht widerrechtlich vorenthalten worden wäre[e]. Die Früchte insbesondere hat der Besitzer in bösem Glauben alle zu erstatten, bezogene und versäumte, der Besitzer in gutem Glauben aber nur die nicht vor Beginn des Rechtsstreites consumirten, und seitdem alle, auch die durch seine Schuld versäumten[f], vorausgesetzt, daß nicht ein Anderer, als der Kläger, für die fragliche Zeit auf die Früchte Anspruch hatte[g]. Rücksichtlich dieser Leistungen kann denn auch der Rechtsstreit noch fortgesetzt werden, wenngleich während desselben der Beklagte, selbst ohne seine Schuld, den Besitz der Sache verloren hat[h]. Derjenige, welcher liti se obtulit, haftet, als ob er zur Zeit der Litiscontestatio die Sache wirklich besessen hätte und nur durch seine Schuld dieselbe zu restituiren außer Stande wäre[i]. Wird dem Kläger anstatt der Sache deren Werth erstattet (*litis aestimatio*), so ist dieses als Verkauf derselben zu betrachten[k], ausgenommen, wenn der Beklagte dazu verurtheilt worden ist, quia liti se obtulit oder dolo malo possidere desiit, in welchen Fällen dem Kläger die Vindication gegen dritte Besitzer unverkümmert bleibt[l]; hat aber derselbe schon vor dem Urtheil die Sache selbst anderweitig wieder erhalten, so kann er auf Ersatz ihres dermaligen Werthes keinen Anspruch mehr machen[m].

Anm. [1] Ueber die Anwendung des Schätzungseides vgl. §. 115. A. 2., über die Hauptregel für die Bestimmung der Ersatzverbindlichkeit §. 113. A. 4 b. vgl. mit A. 5.; insbesondere L. 40. pr. D. de her. pet. (Paulus): Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habi-

[b] L. 15. §. 3. L. 16. 21. 22. 36. §. 1. L. 63. 68. 71. D. h. t. L. 21. Cod. h. t. cf. L. 40. pr. D. de her. pet. 5. 3. — L. 62. pr. D. h. t. [c] L. 13..15. pr. cf. L. 60. D. h. t. L. 27. §. 2. eod. [d] L. 31. §. 3. D. de her. pet. 5. 3. L. 45. D. h. t. [e] L. 17. §. 1. L. 20. 34. 62. D. h. t. cf. L. 75. 81. 246. §. 1. D. de V. S. [f] §. 2. J. l. c. §. 35. J. de rer. div. 2. 1. L. 33. 62. D. h. t. L. 22. Cod. h. t. L. 2. Cod. de fruct. 7. 51. [g] L. 33. in f. L. 35. pr. D. h. t. [h] L. 16. pr. D. h. t. [i] §. 166. not. h. [k] L. 1. 3. D. pro emt. 41. 4. L. 46. 47. D. h. t. [l] L. 7. D. h. t. L. 69. 70. eod. L. 13. §. 14. D. de her. pet. 5. 3. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. [m] L. 13. §. 14. cit.

turus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius; nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 15. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. L. 16. pr. eod. (Paul.). Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione; non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. L. 62. pr. eod. (Papin.) Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent ...... quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet. Vgl. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 14. §. 11. D. quod met. 4. 2., und über die verschiedenen Erklärungen Arndts im Rtslex. V. S. 223 (civ. Schr. II. S. 295). Wetzell a. a. O. S. 175 fg. Savigny VI. S. 177..197. Schmid §. 15. A. 101..103. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht III. S. 79. 186. 189 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 193. A. 13. Brinz §. 170. A. 13. [Wächter §. 143. Beil. II.] Dagegen wieder Eisele in d. dogm. Jahrb. XIV. S. 16 fg., mit Savigny [Wächter II. S. 181.] u. a. behauptend, daß der m. f. possessor wegen Culpa auch für Besitzverlust vor dem Proceßbeginn hafte. — Ueber den Ersatz der Früchte, insbesondere der fructus percipiendi, Savigny VI. §. 265..267. Schmid A. 108..110. Vangerow §. 333. A. II., Göppert organ. Erzeugnisse S. 101 fg. und darüber Hartmann in d. krit. Vjschr. XI. S. 507 fg.

[2] Die fingirten Besitzer betreffend sagt L. 131. D. de R. J.: Pro possessione dolus est; L. 157. §. 1. eod.: Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet; und L. 13. §. 13. D. de her. pet.: Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Aber L. 45. D. eod.? Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Vgl. Schmid S. 281 fg.; über die Meinung, daß die Leistung der litis aestimatio auch demjenigen, qui dolo possidere desiit, Anspruch auf die Sache selbst gebe, das. S. 283..285. Vangerow §. 332. A. 3. S. 648. 649.

[3] Wirkung der rei vindicatio gegen den Erben: L. 42. D. h. t. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. L. 51. eod. Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit. Cf. L. 52. 55. eod. (§. 104. A. 2.).

## §. 168.

### c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten.

Der Erfolg der R. V. kann durch Rechtsansprüche des Beklagten, welche für diesen eine Exceptio begründen, ganz oder gewissermaßen ausgeschlossen werden. So hat 1) jeder Beklagte mit Ausnahme des Diebes[a], Anspruch auf Ersatz der von ihm auf die Sache (nicht donandi animo) gemachten nothwendigen Verwendungen (impensae necessariae), der Besitzer in gutem Glauben auch der nützlichen (impensae utiles), den er durch doli exceptio geltend machen kann, während wegen der letzten der Besitzer in bösem Glauben, wegen aller andern Verwendungen (impensae voluptariae) jeder Beklagte nur das Recht hat, das Product derselben, soweit es mit Vortheil für ihn und ohne Schaden für den Gegner geschehen kann, wegzunehmen (*ius tollendi*[b])*. Ersatz des Preises dagegen, für welchen er die Sache erworben, kann der Beklagte regelmäßig[c] nicht fordern[d], sofern er nicht unter den Gesichtspunkt einer zu erstattenden Verwendung für die Sache fällt[e]; Verwendungen auf Erzielung von zu restituirenden Früchten aber mindern von selbst den Betrag der letzten[f], jedoch, sofern der Beklagte für versäumte Früchte haftet, nur soweit sie nicht durch Schuld des Beklagten das erforderliche Maß überschreiten[g]. Andrerseits kann dem redlichen Besitzer gegenüber der Werth der von diesem gewonnenen Früchte, die er nicht zu ersetzen braucht, von dem ihm gebührenden Ersatz für Verwendungen auf die Sache selbst in Abrechnung gebracht werden[h]. 2) Eine Einrede des Beklagten kann sich auch auf ein demselben zustehendes dingliches Recht gründen, kraft dessen er die Sache herauszugeben nicht schuldig sei, z. B. auf ein Pfandrecht oder das Recht des Nießbrauchs, desgleichen 3) auf ein obligatorisches Verhältniß zum Kläger, kraft dessen dieser ihm die Sache zu lassen verpflichtet sei. Eine Einrede der letzten Art ist die *exceptio rei venditae et traditae*[i].

[* Darüber vgl. insbes. Demelius Exhibitionspflicht (1872) §. 25.]

Anm. Was die letztgenannte Einrede betrifft, so ist sie 1) buchstäblich, obwohl auch hier doli exceptio anstatt derselben zulässig ist, in folgenden Fällen anwendbar: a) wenn der Kläger als Nichteigenthümer dem Beklagten verkauft und tradirt hat, nachher aber Eigenthümer geworden ist: L. 1. pr. L. 2. D. h. t. 21. 3. L. 17. D. de

[a] L. 13. D. de cond. furt. 13. 1. L. 1. Cod. de infant. expos. 8. 51 (52). [b] L. 27. §. 5.. L. 30. L. 37. 38. D. h. t. L. 5. §. 1 (L. 5). L. 16. Cod. h. t. §. 30.. 34. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 79. D. de V. S. Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. (§. 92. A. 2. §. 102. not. l. §. 152. A. 4.) [c] cf. L. 14. 16. Cod. de praed. min. 5. 71. [d] L. 3. 23. Cod. h. t. L. 2. Cod. de furt. 6. 2. [e] arg. L. 5 §. 10 (L. 6. §. 8). D. de negot. gest. 3. 5. [f] L. 46. D. de usur. 22. 1. [g] L. 1. Cod. de fruct. 7. 51. (§. 167.) [h] L. 48. 65. pr. D. h. t. [i] Dig. de exceptione rei venditae et traditae. 21. 3.

turus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius; nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere. L. 15. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. L. 16. pr. eod. (Paul.). Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione; non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. L. 62. pr. eod. (Papin.) Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent ...... quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet. Vgl. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 14. §. 11. D. quod met. 4. 2., und über die verschiedenen Erklärungen Arndts im Rtslex. V. S. 223 (civ. Schr. II. S. 295). Wetzell a. a. O. S. 175 fg. Savigny VI. S. 177..197. Schmid §. 15. A. 101..108. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht III. S. 79. 186. 189 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 193. A. 13. Brinz §. 170. A. 13. [Wächter §. 143. Beil. II.] Dagegen wieder Eisele in d. dogm. Jahrb. XIV. S. 16 fg., mit Savigny [Wächter II. S. 181.] u. a. behauptend, daß der m. f. possessor wegen Culpa auch für Besitzverlust vor dem Proceßbeginn hafte. — Ueber den Ersatz der Früchte, insbesondere der fructus percipiendi, Savigny VI. §. 265..267. Schmid A. 108..110. Vangerow §. 333. A. II., Göppert organ. Erzeugnisse S. 101 fg. und darüber Hartmann in d. krit. Vjschr. XI. S. 507 fg.

[2] Die fingirten Besitzer betreffend sagt L. 131. D. de R. J.: Pro possessione dolus est; L. 157. §. 1. eod.: Semper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet; und L. 13. §. 13. D. de her. pet.: Omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. Aber L. 45. D. eod.? Qui se liti obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur; *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* Vgl. Schmid S. 281 fg.; über die Meinung, daß die Leistung der litis aestimatio auch demjenigen, qui dolo possidere desiit, Anspruch auf die Sache selbst gebe, das. S. 283..285. Vangerow §. 332. A. 3. S. 648. 649.

[3] Wirkung der rei vindicatio gegen den Erben: L. 42. D. h. t. Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. L. 51. eod. Si in rem actum sit et in heredem possessoris iudicium datum sit, culpa quoque et dolus malus heredis in hoc iudicium venit. Cf. L. 52. 55. eod. (§. 104. A. 2.).

## §. 168.

### c) Beschränkung des Erfolgs durch Ansprüche des Beklagten.

Der Erfolg der R. V. kann durch Rechtsansprüche des Beklagten, welche für diesen eine Exceptio begründen, ganz oder gewissermaßen ausgeschlossen werden. So hat 1) jeder Beklagte mit Ausnahme des Diebes[a], Anspruch auf Ersatz der von ihm auf die Sache (nicht donandi animo) gemachten nothwendigen Verwendungen (impensae necessariae), der Besitzer in gutem Glauben auch der nützlichen (impensae utiles), den er durch doli exceptio geltend machen kann, während wegen der letzten der Besitzer in bösem Glauben, wegen aller andern Verwendungen (impensae voluptariae) jeder Beklagte nur das Recht hat, das Product derselben, soweit es mit Vortheil für ihn und ohne Schaden für den Gegner geschehen kann, wegzunehmen (*ius tollendi*[b])*. Ersatz des Preises dagegen, für welchen er die Sache erworben, kann der Beklagte regelmäßig[c] nicht fordern[d], sofern er nicht unter den Gesichtspunkt einer zu erstattenden Verwendung für die Sache fällt[e]; Verwendungen auf Erzielung von zu restituirenden Früchten aber mindern von selbst den Betrag der letzten[f], jedoch, sofern der Beklagte für versäumte Früchte haftet, nur soweit sie nicht durch Schuld des Beklagten das erforderliche Maß überschreiten[g]. Andrerseits kann dem redlichen Besitzer gegenüber der Werth der von diesem gewonnenen Früchte, die er nicht zu ersetzen braucht, von dem ihm gebührenden Ersatz für Verwendungen auf die Sache selbst in Abrechnung gebracht werden[h]. 2) Eine Einrede des Beklagten kann sich auch auf ein demselben zustehendes dingliches Recht gründen, kraft dessen er die Sache herauszugeben nicht schuldig sei, z. B. auf ein Pfandrecht oder das Recht des Nießbrauchs, desgleichen 3) auf ein obligatorisches Verhältniß zum Kläger, kraft dessen dieser ihm die Sache zu lassen verpflichtet sei. Eine Einrede der letzten Art ist die *exceptio rei venditae et traditae*[i].

[* Darüber vgl. insbes. Demelius Exhibitionspflicht (1872) §. 25.]

Anm. Was die letztgenannte Einrede betrifft, so ist sie 1) buchstäblich, obwohl auch hier doli exceptio anstatt derselben zulässig ist, in folgenden Fällen anwendbar: a) wenn der Kläger als Nichteigenthümer dem Beklagten verkauft und tradirt hat, nachher aber Eigenthümer geworden ist: L. 1. pr. L. 2. D. h. t. 21. 3. L. 17. D. de

[a] L. 13. D. de cond. furt. 13. 1. L. 1. Cod. de infant. expos. 8. 51 (52). [b] L. 27. §. 5.. L. 30. L. 37. 38. D. h. t. L. 5. §. 1 (L. 5). L. 16. Cod. h. t. §. 30.. 34. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 79. D. de V. S. Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. (§. 92. A. 2. §. 102. not. l. §. 152. A. 4.) [c] cf. L. 14. 16. Cod. de praed. min. 5. 71. [d] L. 3. 23. Cod. h. t. L. 2. Cod. de furt. 6. 2. [e] arg. L. 5 §. 10 (L. 6. §. 8). D. de negot. gest. 3. 5. [f] L. 46. D. de usur. 22. 1. [g] L. 1. Cod. de fruct. 7. 51. (§. 167.) [h] L. 48. 65. pr. D. h. t. [i] Dig. de exceptione rei venditae et traditae. 21. 3.

evict. 21. 2. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. [vgl. auch Landsberg die Glosse des Accursius S. 117 fg.]; b) wenn er, oder in seinem Auftrag ein Anderer, unter einer stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung verkauft und tradirt hat, und er nun vor deren Entscheidung vindicirt, L. 1. §. 2. D. h. t. 21. 3. cf. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3., was mit nichtigen Gründen bestritten wird von Schönemann in Linde's Ztschr. n. F. XIX. S. 19. 20; c) wenn er als Pfandgläubiger oder im Auftrag eines Andern unwissend seine eigene Sache verkauft und tradirt hatte: L. 10. D. de distr. pign. 20. 5. L. 49. D. mand. 17. 1. (§. 145. A. 2.); d) wenn er Erbe des verkaufenden Nichteigenthümers geworden ist. L. 1. §. 1. D. h. t. 21. 3. L. 73. D. de evict. 21. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. L. 14. Cod. de evict. 8. 44 (45). 2) Verwandte Fälle, in welchen aus gleichem Grunde doli oder in factum exceptio, wenngleich nicht exceptio rei venditae et traditae, stattfindet, sind: a) wenn der Kläger als Eigenthümer die Sache verkauft, nicht tradirt hatte, der Beklagte aber auf andere Weise, sine vitio, den Besitz erlangt hat: L. 1. §. 5. D. h. t. 21. 3; b) wenn er zum Verkauf der Sache den Auftrag ertheilt, nachher aber die Uebergabe derselben ohne rechtlichen Grund nicht hat gestatten wollen (exceptio *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*): L. 14. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. 3. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4; c) wenn der Kläger dem Beklagten für die Sicherheit seines Erwerbes, wegen Evictionsleistung, sich verbürgt hatte: L. 11. Cod. de evict. 8. 44 (45.) cf. L. 31. Cod. eod.; d) wenn der Geber die vor Eingehung der Ehe übergebenen Dotalsachen vor Auflösung des Verlöbnisses vindicirt. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. — Diese in den Quellen vorkommenden Fälle sind nicht erschöpfend; insbesondere kann auch aus andern Veräußerungsgeschäften eine gleiche Einrede hervorgehen, nach dem im §. angegebenen Princip. Nicht durchaus zutreffend die Regel: *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Vgl. Vangerow §. 334. — Wirksamkeit der Einrede gegen die Successoren, beziehungsweise zum Vortheil derselben: L. 2. 3. D. h. t.; auch in dem Fall 1. c. 2. a.? Windscheid §. 197. A. 6. — Gebrauch derselben als replicatio gegen die exceptio dominii: L. 2. D. h. t. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. — Ausschließung derselben durch replicatio: L. 1. §. 5. D. h. t. L. 7. §. 6. D. pro emt. 41. 4. L. 32. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. — Vgl. überhaupt, insbesondere auch in rechtsgeschichtlicher Beziehung: Michelsen de exceptione rei venditae et traditae. Berol. 1824. Wiebeking über die exceptio rei venditae et traditae nach älterm und neuerm R. Rt. München 1847. — Heutige Anwendung der Exceptio im Fall unterlassener Eintragung des Erwerbes im Grundbuch? Seuffert's Arch. VI. 145. Arndts in d. krit. Ueberschau V. S. 93. (civ. Schr. III. S. 167.) — Ueberhaupt zu diesem §. Windscheid 4. Aufl. §. 195. 197. Brinz 2. Aufl. §. 169 fg. [R. Leonhard in d. dogmat. Jahrb. XVII. S. 183 fg.]

## §. 169.

### 2) Negatoria in rem actio *.

Zum Schutze gegen Eingriffe in das Eigenthum, welche dem Eigenthümer zwar nicht die Herrschaft über die Sache ganz entziehen, aber, wenn rechtlich begründet, eine Beschränkung des Eigenthums, nach

* Dig. si ususfructus petetur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5.

seiner positiven oder negativen Seite, enthalten würden[b], ist dem Eigenthümer eine eigene Klage gegeben, negatoria oder negativa in rem actio, so genannt, weil sich darin die Negation eines Rechts des Beklagten ausspricht[c]. Ihr Grund ist, wie der der Rei Vindicatio, das Eigenthum, als das Recht vollkommener und ausschließlicher Herrschaft über die Sache: dieses, und zunächst nur dieses, hat daher der Kläger zur Begründung der Klage zu beweisen[d]. Ihre Veranlassung ist eine anmaßliche Beschränkung des Eigenthums, wozu aber hier auch schon die Behauptung eines das Eigenthum beschränkenden Rechts genügt[e]. Ihr Zweck ist zunächst Anerkennung der Freiheit des Eigenthums und demzufolge Unterlassung der Störung, nach Umständen auch Sicherheitsleistung gegen deren Wiederkehr (sogenannte cautio de non amplius turbando), Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes und Ersatz für die erlittene Verletzung[f].

Anm. [1] Den Gegensatz der negatoria bildet die confessoria in rem actio, die zur Geltendmachung von Servituten dient (not. a. c.). Einige behaupten jedoch, die Klage sowohl des Eigenthümers als des Servitutberechtigten heiße bald confessoria, bald negatoria actio, je nachdem jener entweder eine negative oder eine affirmative Servitut abwehre, dieser entweder eine affirmative oder eine negative Servitut geltend mache, arg. §. 2. J. 4. 6. und Theophil. ad h. l. Dagegen Vangerow §. 358. A. 1. Schmidt (von Ilmenau) in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XV. S. 159..161. Eine besondere *prohibitoria* actio des Eigenthümers hat in byzantinischen Rechtsquellen entdeckt Zachariä Ztschr. für gesch. Rtsw. XII. 8.; diese unterschied sich aber nur durch eine anders abgefaßte Formula von der negatoria actio (*si paret, ius Aulo Agerio esse prohibendi Numerium Negidium uti frui* und dergl., anstatt: *si paret, ius Numerio Negidio non esse, uti frui invito Aulo Agerio*); materiell war und ist sie nicht verschieden von dieser. Schmidt a. a. O. S. 165..169. Stephan das. XIV. 8. Vgl. Pernice commentationes iur. rom. duae. Halis 1855. S. 134 fg. [162 fg.] Witte in Linde's Ztschr. n. F. XIII. S. 386 fg. Pagenstecher III. S. 182 fg. Hesse in d. dogm. Jahrb. VIII. 3. [Voigt die XII Tafeln. II. S. 624 fg. Die Existenz dieser a. prohib. bestreitet Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. Rom. Abth. S. 72 fg. und edict. perpet. S. 149 fg.] — Windscheid 4. Aufl. §. 198. („der Eigenthumsanspruch wegen Eingriffs"). Brinz 2. Aufl. §. 171.

[2] Streitig ist, ob die negatoria actio gegen jeden partiellen Eingriff ins Eigenthum zulässig sei? (jetzt die herrschende Meinung, Vangerow §. 353. S. 768 fg. Schmid Hdb. §. 17. S. 370. [Wächter II. S. 190 fg.]), oder nur gegen einen solchen, zu welchem das Recht als Servitut bestehen könnte? (Fritz Erläutr. II. Heft. S. 365 fg. Schmidt a. a. O. S. 170..175. Brinz 1. Aufl. §. 67.) Vgl. not. b.

[b] L. 8. §. 5. L. 13. 14. §. 1. L. 17. D. si serv. vind. L. 2. D. de arb. caed. 43. 27. L. 6. §. 2. D. arb. furtim caes. 47. 7. cf. L. 8. §. 6. D. si serv. vind. L. 11. eod. L. 28. D. comm. div. 10. 3. [c] §. 2. J. de act. 4. 6. L. 2. pr. D. si serv. vind. L. 5. pr. D. si usufr. pet. [d] L. 5. pr. cit. cf. L. 7. D. de aqua. 43. 20. L. 10. Cod. de pign. act. 4. 24. [e] L. 5. §. 6. D. si ususfr. pet. cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. L. 14. pr. eod. [f] L. 5. §. 6. cit. L. 4. §. 2. L. 9. pr. L. 12. 14. pr. D. si serv. vind. L. 8. Cod. de servitut. 3. 34.

Der Streit ist praktisch unerheblich. Vgl. auch Witte a. a. O. S. 409 fg. Seuffert's Arch. XV. 101. Busch S. 84 fg. [Sonnenschmidt Prakt. Erört. Nr. 13.] Eine unzulässige Ausdehnung gibt der Klage jedenfalls F. Zimmermann im praktischen Arch. II. 13. [S. 308 fg.] vgl. das. Schäffer S. 315 fg. Unrichtig ist es auch, wenn Schütze in Bekker's Jahrbuch VI. S. 78. die negatoria actio als die Klage des Eigenthümers gegen jede Verletzung seines negativen ius prohibendi der rei vindicatio als der Klage desselben gegen Verletzung des positiven ius faciendi entgegensetzt; der Eigenthümer z. B., der am Höherbauen gehindert wird, hat doch gewiß nicht die rei vindicatio anzustellen. Vgl. noch im Allgemeinen Hesse in den dogm. Jahrb. VIII. 4. und Windscheid a. a. O. A. 7. 8., dagegen Brinz 2. Aufl. §. 171. A. 3 fg. [Vorzüglich die a. neg., doch nicht nur diese, alterirt §. 26. der Reichsgewerbe-O. v. 21. Juni 1869: „Soweit die bestehenden Rechte zur Abwehr benachtheiligender Einwirkungen, welche von einem Grundstücke aus auf ein benachbartes geübt werden, dem Eigenthümer oder Besitzer des letzteren eine Privatklage gewähren, kann diese Klage einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von Einrichtungen, welche die benachtheiligende Einwirkung ausschließen oder, wo solche Einrichtungen unthunlich oder mit einem gehörigen Betriebe des Gewerbes unvereinbar sind, auf Schadloshaltung gerichtet werden." Dazu Mandry Reichsges. S. 258 (2. Aufl. S. 359) fg.]

[3] Bestritten ist auch der Satz (not. e.), daß eine thätliche Störung zur Anstellung der negatoria nicht erforderlich sei, Schmid §. 17. A. 7., aber ohne Grund und dem praktischen Bedürfniß zuwider, arg. L. 14. pr. cit. „tigna.. si nova *velis* immittere, prohiberi a me." L. 5. §. 6. cit. Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus praestandi sunt, ita et proprietatis domino, si negatoria actione utatur. Sed in omnibus ita demum, si non sit possessor, qui agit, nam et possessori competunt; quodsi possident, nihil fructuum nomine consequentur. Seuffert's Arch. XIV. 273. Dagegen jedoch wieder Hesse a. a. O. S. 122 fg., dafür Windscheid a. a. O. A. 9. — Negatoria actio auf Löschung eines Eintrags bezw. Umschreibung im Hypothekenbuche? Seuffert's Arch. IX. 138. XII. 247: vgl. Hesse a. a. O. S. 105 fg. Windscheid a. a. O. — Uebrigens kann gegen denjenigen, der im Besitze einer persönlichen Servitut sich befindet und daher die Sache detinirt, auch die rei vindicatio angestellt, und so in Folge der Einrede des Beklagten, derselbe Erfolg wie durch die negatoria actio des Eigenthümers herbeigeführt werden. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. (§. 168. Nr. 2.)

[4] Eine der streitigsten Fragen ist die, ob der Beklagte das Dasein oder der Kläger das Nichtdasein der Servitut beweisen müsse? a) Die jetzt vorherrschende Ansicht ist: der Kläger habe überall nur sein Eigenthum zu beweisen: Puchta §. 172. not. b. c. und im Rhein. Mus. I. S. 165 fg. [Kl. civ. Schr. Nr. 7.] Vangerow §. 353. A. 2. Schmid S. 373 fg. Pernice a. a. O. S. 180 fg. Witte in Linde's Ztschr. n. F. XIV. 2. Windscheid §. 198. A. 15. 16. [Wächter II. S. 191 fg.] u. a. b) die entgegengesetzte: der Kläger habe immer das Nichtdasein des gegnerischen Rechts zu beweisen, neuerdings vertheidigt von Pape in Linde's Ztschr. XVI. 6. Du Roi im civ. Arch. XL. 2. [Ofner der Servitutenbegriff (1884.) S. 32 fg.]; c) der Kläger habe diesen Beweis dann zu führen, und nur dann, wenn der Gegner im Besitze der Servitut sei: Seuffert §. 183. Erört. II. S. 73 fg. Abh. Nr. 4. S. 93 fg., Fritz Erläutr. Heft II. S. 369 fg., Reuter in Linde's Ztschr. n. F. XII. 15. Heise im civ. Arch. XL. 3. Brinz 1. Aufl. S. 238 fg. (2. Aufl. §. 171. A. 10..28.) d) die

grundloseste Meinung: es komme darauf an, ob der Beklagte schon im Besitzstreite über die Servitut gesiegt habe: Glück X. S. 254 fg. Die Praxis schwankt noch, besonders zwischen a und c. Seuffert's Arch. I. 17. 18. 409. II. 142. vgl. X. 139. XV. 102. XVII. 211. XIX. 19. 125. — Hauptstellen: α) L. 5. pr. D. si usufr. pet. Uti frui ius sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet. Nec enim potest ei suus fundus servire; de suo enim, non de alieno iure quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno, quum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius ius utendi non habeat, vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant. β) L. 8. §. 3. D. si serv. vind. Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum qui negat. γ) L. 15. D. de op. novi nunt. 39. 1. Si, priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse, ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, quum quis agere vellet, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse petitoris partes sustinere. — Ueber die letzte Stelle vgl. noch eine besondere Meinung von Löhr Mag. III. S. 511 fg., dagegen Vangerow (7. Aufl.) I. S. 773.

## §. 170.

## B. Schutz des Ersitzungsbesitzes.

### Publiciana in rem actio.[a]

Wer nach begonnener aber vor vollendeter Ersitzung den Besitz der Sache verliert, kann der Eigenthumsklage sich nicht bedienen, aber es ist ihm eine dieser nachgebildete dingliche Klage (utilis rei vindicatio) gegeben[b], die großentheils denselben Zweck erfüllt. Das ist die Publiciana in rem actio. Sie gründet sich darauf, daß er den zur ordentlichen Ersitzung geeigneten Besitz der ersitzungsfähigen Sache erworben hatte[c], worauf sich auch der dem Kläger obliegende Beweis beschränkt. Sie ist aber erfolglos gegen den Beklagten, welcher mit besserem Recht, insbesondere als Eigenthümer, geschützt durch die exceptio dominii[d],

[a] Dig. de Publiciana in rem actione. 6. 2. [b] §. 4. J. de action. 4. 6. L. 7. §. 6. D. h. t. cf. Gai. IV. 36. [c] L. 1. pr. et sqq. D. h. t. [d] L. 16. 17. D. h. t. cf. L. 72. D. de rei vind. 6. 1. L. 2. D. de exc. rei vend. 21. 3. L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. 44. 4. L. 49. in f. D. mandati. 17. 1. — L. 24. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 28. D. de nox. act. 9. 4.

oder nur mit gleichem Recht[e], besitzt. Sonst steht sie in Beziehung auf Gegenstand, Veranlassung, Beklagten und Wirkung der Eigenthumsklage gleich[f]. Auch als Negatoria ist die Publicianische Klage anwendbar.

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Cf. L. 7. §. 11. eod. Praetor ait: *qui bona fide emit.* Die Formula der Klage bei Gai. IV. 36. *Iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius emit (et) is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur eius ex jure Quiritium esse oporteret,* et reliqua. Vgl. §. 4. J. 4. 6. . . . inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. §. 3. ibid. „diceret se quasi usucepisse, quod usu non ceperit". [Einen neuen Versuch der Reconstruction des publicianischen Edicts macht Lenel Beitr. zur Kunde des prätor. Edicts. 1878. S. 1..54. (vrbr. M. Cohn in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 28 fg.) S. jetzt Lenel das ed. perpet. S. 129 fg., wo einige Ergänzungen und Berichtigungen hinzugekommen sind.] — Das Edict lautete beschränkt auf Erwerb durch Tradition; aber die Klage wurde auch auf andere Erwerbsfälle ausgedehnt. L. 1. §. 2. L. 2. 7. pr. L. 13. pr. D. h. t. Sofern nun eine Erwerbart des Eigenthums Besitzerwerb nicht erfordert, ist consequent auch zur Begründung der Publiciana actio derselbe nicht für erforderlich zu halten; arg. L. 1. §. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. D. h. t. cf. L. 7. §. 16. eod. Schmid §. 16. A. 21. 22. Vangerow §. 335. (S. 666.) [Wächter II. S. 187 fg.] Dagegen Pagenstecher III. S. 196 fg. Keller §. 156. A. 2. — Ueber die Beziehung der Publiciana zur Usucapio vgl. noch L. 7. §. 2. D. h. t. Marcellus . . . scribit, eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere. Ergo et Publicianam habebit. Damit scheinbar im Widerspruch L. 2. §. 16. D. pro emt. 41. 4. „nec Publiciana competit" (§. 159. A. 2.); man kann hinzudenken: „adversus furiosum", Pagenstecher S. 199 fg. Böcking Pand. II. §. 56.; eine andere Erklärung, von Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 13. durch Beziehung der L. 2. §. 16. cit. auf die rescissoria Publiciana actio in §. 5. J. de act. 4. 6. L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7., wird schwerlich Jemand befriedigender finden. Vangerow, S. 667 fg. Jedenfalls geht L. 7. §. 2. vor, nach §. 13. a. E. [Wieder anders Scharlach im civ. Arch. LXII. S. 464 fg.: „die Stellen sind eben nicht zu vereinigen, ihr Widerspruch findet aber volle Erklärung in der freien Behandlung des singulären Rechts von Seiten Ulpians."] — Gimmerthal die publicianische Klage u. d. Mancipation. 1872 (vgl. Hölder in der krit. Vjschr. XVI. S. 549 fg.). Huschke das Recht der Publ. Klage in Beziehung auf d. in Aussicht stehende allg. deutsche Civilgesetzb. 1874 (vrbr. Czyhlarz in d. Jen. Litztg. 1875. Nr. 31. Schulin in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 526 fg. Schirmer der Besitzerwerb als Voraussetzung der Publiciana, das. S. 347 fg.) Brinz zum Recht der b. f. possessio (s. oben §. 156. A. 3. a. E.) S. 73..138. Windscheid 4. Aufl. §. 199. („der Anspruch des redl. Erwerbers"). Brinz 2. Aufl. §. 178. — Jeß z. L. v. d. Publ. actio, in d. dogm. Jahrb. XIV. 4. — Schulin über einige Anwendungsfälle der Publ. in rem actio. 1873. (s. oben §. 145. A. 3. a. E.)

[2] Fraglich, ob fortdauernde bona fides erforderlich sei? a) nach R. R.? L. 7. § 11..17. D. h. t. vgl. L. 11. §. 3. eod. Interdum tamen, licet furtiva mater

[e] L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. de act. emti. 19. 1. [f] L. 7. §. 6. 8. D. h. t.

distracta non sit sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait; si modo eo tempore, *quo experiar*, furtivam matrem ignorem. Zu lesen mit Cuiacius Comm. ad L. 4. §. 15. D. de usurp. (ed. Neap. I. col. 1114.) „*quo et pariat*"? oder mit Buchholtz [so auch Mommsen in seiner Digestenausgabe]: „*quo ea pariat?*" cf. L. 4. D. pro suo. 41. 10. [S. auch Huschke S. 66 fg.] b) nach heutigem Rt.? (§. 160.) Schmid §. 16. A. 17. 18; dagegen Vangerow §. 335. (S. 669.)

3 Ueber das Verhältniß mehrerer bonae fidei possessores (not. e.): L. 9. §. 4. D. h. t. (Ulp.) Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit? Et Julianus ... scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis: quae sententia vera est. Dagegen L. 31. §. 2. D. 19. 1. (Nerat.) Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est. Vgl. Vangerow §. 335. [S. 670 fg.] Schmid S. 364 fg. Schliemann d. L. vom Zwange S. 165 fg. (Nicht nur derjenige hat besseres Recht, welcher von dem Andern oder früher als dieser von demselben Auctor die Sache erhalten hat, sondern auch derjenige, von welchem durch ein nichtiges Geschäft die Sache an den Andern gekommen war — A. 1. — was denn auch für und gegen die Rechtsnachfolger gilt — §. 168. A.) Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 19 fg. Eisele in d. dogm. Jahrb. XIV. S. 1 fg.

4 Der römischen Publiciana Actio wird für das heutige Recht eine weiter umfassende Klage „aus älterem Besitz" substituirt von Delbrück d. dingl. Klage d. deutschen Rechts §. 58..62. vgl. mit §. 3. 4., welchem sich ganz anschließt Heimbach im Rtslex. XIII. S. 105 fg. Dagegen Bluntschli in d. krit. Ueberschau VI. S. 189 fg. Pagenstecher III. S. 207 fg. und vorzüglich Bruns in Bekker's Jahrb. IV. 1. [Besitzkl. S. 212.], auch Sintenis I. §. 46. A. 24. §. 53. A. 2. Windscheid §. 162 a. A. 11. Vangerow §. 335. a. E. [Wächter II. S. 96 fg.] Delbrücks Ansichten sind neuerdings vertheidigt in den aus seinem Nachlaß entnommenen Nachträgen in d. dogm. Jahrb. X. 2. Vgl. auch Ziebarth d. Realexecution und d. Obligation (1866.) §. 20. S. 257 fg., welcher zu wesentlich gleichen Resultaten gelangt wie Delbrück „durch eine andere Art der Beweisführung, die aber weit davon entfernt ist, überzeugend zu sein". Windscheid a. a. O. Vgl. auch Förster III. §. 163..165.

## C. Schutz des Eigenthumsbesitzes überhaupt.

### §. 171.

Zum Schutze des Eigenthumsbesitzes überhaupt, und so denn auch zum Schutze des abgeleiteten juristischen Besitzes, sind eigene prätorische Rechtsmittel gegeben, interdicta *retinendae* und *recuperandae* possessionis[a]. Die ersten, bezweckend die Erhaltung des gegenwärtigen Besitzes gegen Anfechtung eines Andern, dienen vorzüglich dazu, eine Ent-

[a] §. 4..6. J. de interdictis. 4. 15.

scheidung des Streites darüber, wer gegenwärtig besitze, herbeizuführen[b]; sie sind insofern der Eigenthumsklage zu vergleichen, welche eine Entscheidung über das Eigenthum (de proprietate), wie jene über den Besitz (de possessione), bezweckt, und sie dienen (als sog. Possessorium) zur Vorbereitung des Streites über das Eigenthum (Petitorium), sofern bei diesem die Parteirolle von dem Besitze abhängt[1]; doch sind sie auch anwendbar, um solche Störungen abzuwehren, welche zwar nicht den Bestand des Besitzes schlechthin anfechten, aber doch denselben theilweise durch anmaßende Beschränkung der Verfügung über die Sache beeinträchtigen[c], in ähnlicher Weise, wie durch die negatoria actio das Recht zu solcher Beschränkung bekämpft wird[2]. Die interdicta recuperandae possessionis dagegen sind wesentlich auf Wiedererlangung eines bereits verlorenen Besitzes gegen denjenigen, welcher widerrechtlich denselben erlangt hat, gerichtet; zum Schutze des bestehenden Besitzes dienen sie nur etwa mittelbar dadurch, daß sie überhaupt stattfinden, dürfen jedoch des Zusammenhangs und dieser ihrer Bestimmung wegen schon an diesem Orte zugleich mit abgehandelt werden[3].

Anm. [1] Gai. IV. 148. Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi. Darnach §. 4. J. h. t. Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta uti possidetis et utrubi, quum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit etc. Vgl. L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. Huius autem interdicti (*uti possidetis*) proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. §. 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit, in (de) cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur (not. b.). Eine abweichende Theorie wird aufgestellt von Savigny Recht des Besitzes §. 37..39. vgl. §. 6. 12. a. Sowohl die interdicta retinendae als die interdicta recuperandae possessionis sollen wesentlich als Klagen ex maleficio zu denken sein und daher ins Obligationenrecht gehören, indem der angegebene Hauptanwendungsfall der ersten durch die Fiction einer zu befürchtenden Gewaltthätigkeit erklärt wird. Vgl. dagegen Vangerow §. 336. A. 1. Puchta Vorles. §. 133. Mühlenbruch §. 239. A. 10.; auch Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 333 fg. und Schmidt Interdictenverfahren S. 186 fg., welche letztere

[b] L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 148. L. 35. D. de poss. 41. 2.
[c] L. 1. pr. §. 4. L. 3. §. 2. 4..7. D. uti possid. L. 52. §. 1. D. de poss. 41. 2. L. 8. §. 5. in f. D si serv. vind. 8. 5. cf. L. 11. D. de vi. 43. 16. L. 5. §. 10. D. de op. n. nunt. 39. 1.

nur der nach ihrer Meinung späteren Einführung der duplex forma interdicti jenen Zweck unterlegen: arg. L. 1. §. 26. D. de aqua quot. 43. 20. Gründlich entwickelt ist die oben angegebene Bedeutung der interdicta retinendae possessionis und deren historische Anknüpfung von H. Witte das interdictum uti possidetis als Grundlage des heutigen Possessorium ordinarium, 1863. S. 28..46. 111 fg.; darüber Dernburg in der krit. Vjschr. V. S. 511 fg. [Hier (S. 514 fg., bes. 519 fg.) wie in der Festschrift (s. §. 129. A. 1.) gibt D. jene Function des int. uti poss. für das spätere Recht zu, glaubt aber, daß das Interdict ursprünglich Vindication des prekären Lehnbesitzes am ager publicus gewesen sei. Was S. 52. über L. 1. §. 2. 3. D. uti possid. 43. 17. gesagt wird, ist nicht überzeugend. Wieder anders, nur in der Verwerfung jener Function für das ältere R. mit D. übereinstimmend, Wendt dogm. Jahrb. XXI. S. 88 fg. §. 4. Er legt alles Gewicht auf das „vim fiero veto". Die (restitutorischen, wie die prohibitorischen) Interdicte sind gegen die Selbsthülfe gerichtet, wollen Friedbruch verhüten. Gegen D. s. Bekker in der Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. S. 8 fg. des Sep.Abdr. — Zu beachten überhaupt Bekker's „Hypothese über die Einführung der Interdicte", Rt. d. Bes. S. 93 fg., die er im ganzen Verlaufe seines Werkes an den verschiedensten Seiten der Besitzlehre zu bewähren trachtet.] Vgl. auch Rudorff Anhang Nr. 129..132., Ihering Grund des Besitzesschutzes 2. Aufl. S. 72 fg. Bruns die Besitzklagen [S. 1..83.] (s. oben §. 129. A. 1. a. E.), [Randa 3. Aufl. §. 7a. A. 10.], überhaupt Windscheid 4. Aufl. §. 158..160. Brinz 2. Aufl. §. 180 bis 184. [Randa a. a. O. §. 7..7d. Wächter II. S. 34 fg. 85 fg. Hieher gehört die I. Abthlg. des in §. 129. A. 1. cit. Buches von Duncker. Vom interd. *utrubi* handelt er S. 121 fg. Vgl. auch Münderloh zur Gesch. d. Besitzklagen, in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. 12. S. 219. XVII. 4. S. 61 fg.]

2 [Vgl. neuestens Wendt S. 213 fg., Duncker S. 46 fg.] Bestritten wurde jene Anwendung der genannten Interdicte von Vangerow (5. Aufl.) §. 336. S. 605., welcher dieselben nur gegen denjenigen anwendbar hielt, der selbst auch Besitzer (der Sache) sein will. Vgl. dagegen not. c., insbesondere L. 1. pr. D. 43. 17. *Uti* . . . possidetis, quominus *ita* possideatis, vim fieri veto. L. 8. §. 5. D. 8. 5. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur *qualiter velit* suo uti. Savigny a. a. O. 7. Aufl. S. 400. Puchta Inst. II. §. 227. [8. Aufl. S. 137.] Bruns Rt. des Besitzes S. 47 fg. und jetzt auch Vangerow 6. Aufl. S. 776., 7. Aufl. S. 683. vgl. Seuffert's Arch. V. 172. [Bekker S. 253 fg. Wächter II. S. 86 fg.] Zu weit geht freilich Thibaut im civ. Arch. XVIII. S. 321., indem er das interdictum uti possidetis für anwendbar hält, wenn „in der Nacht Spectaculanten in das Haus bringen, darin herumschreien, an die Thüren klopfen, die Thüren aufreißen" u. s. w. Vgl. jedoch Schmidt a. a. O. S. 51. A. 32. S. 152., dann aber besonders Witte a. a. O. S. 98..108. Bruns Bsjkl. S. 48 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 159. A. 1 fg. Brinz §. 181. A. 10 fg. [Duncker S. 27 fg. Andrerseits genüge nicht eine bloß wörtliche Bestreitung des Besitzes S. 81 fg.] — Ueber die Frage: „Haben Mitbesitzer untereinander possessorische Interdicte?" [Für Verneinung:] Büff im prakt. Arch. n. F. III. S. 113 fg. [und Duncker S. 87 fg. Für Bejahung:] Miescher im civ. Arch. LIX. 5. [und Dultz Sind die Besitzinterd. unter Mitbesitzern zulässig? Jena 1882.]

3 Die Römer stellen nebeneinander interdicta *adipiscendae*, *retinendae*, *recuperandae* possessionis, Gai. IV. §. 143..155. §. 2..6. J. de interd. 4. 15., darunter nach älterem Recht gewisse tam adipiscendae quam recuperandae possessionis, Ulp.

instit. fragm. IV. Gemeinschaftlich ist ihnen, daß sie auf Besitz gerichtet sind, daher possessoria interdicta (cf. L. 20. D. de servit. 8. 1. „interdicta veluti possessoria“ in Beziehung auf iuris quasi possessio; Gai. IV. 145. „possessorium interdictum“ als Benennung eines int. adipiscendae possessionis). Hier aber kommen nur die interdicta retinendae und recuperandae poss. in Betracht, als welche auf Besitz sich gründen; die int. adip. possessionis kommen nur in Bezug auf bestimmte Rechtsverhältnisse vor. Savigny a. a. O. §. 35. Rudorff Anh. Nr. 126. 127. Ihering a. a. O. S. 66 fg.

4 Als ein Verhältniß vermögensrechtlichen Werthes kann der Besitz oder eben dessen Werth auch Gegenstand anderer persönlicher Klagen sein, z. B. der actio quod metus causa, L. 21. §. 2. D. quod met. c. 4. 2., der actio furti, L. 75 (74). D. de furt. 47. 2., insbesondere auch einer Condictio nach §. 340 fg.: L. 15. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 1. §. 1. L. 2. D. de cond. trit. 13. 3. L. 19. §. 2. D. de precario. 43. 26. u. a. Das gehört in's Obligationenrecht. Vgl. Bruns Besitz S. 27 fg. [Besitzklagen §. 16 .. 19.] Rudorff Anh. Nr. 161. Ihering a. a. O. S. 64 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 161. [Bekker Rt. d. Bes. S. 285 fg. Voß im civ. Arch. LXVI. 6. S. 161 fg. Wendt S. 106 fg.]

## §. 172.

### 1) Interdicta retinendae possessionis.

Zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes gibt es zwei Interdicte mit besondern Namen1, das interdictum *uti possidetis* für unbewegliche[a], das interdictum *utrubi* für bewegliche Sachen[b], nach Justinianischem Recht übrigens nicht mehr verschieden[c]. Veranlassung derselben ist eine Anfechtung des Besitzes, diese bestehe nun bloß in Bestreitung des Besitzes oder in thätlicher Störung desselben[d]. Ihr Zweck ist: Anerkennung des Besitzes, Schadensersatz wegen der vergangenen Störung, Unterlassung künftiger Störung[e], wofür nach Umständen Sicherheit zu leisten ist (cautio de non amplius turbando). Aber diese Interdicte sind duplicia interdicta[f]; der Kläger kann eben so wohl verurtheilt werden wie der Beklagte, indem beide Parteien gleichmäßig als Kläger und Beklagte zu behandeln sind (§. 99). Den Sieg gewinnt diejenige Partei, welche gegenwärtig den juristischen Besitz hat, vorausgesetzt, daß sie ihn nicht unrechtlicher Weise (vi, clam oder precario, §. 136) gerade der Gegenpartei entzogen hat[g]; ist dieses der Fall, so nützt ihr der gegenwärtige Besitz nicht, und so kann der gegenwärtig nicht besitzende Kläger, eben so wohl wie der nicht besitzende Beklagte, durch diesen Rechtsstreit auch den Besitz wieder erlangen2, den die Gegenpartei auf fehlerhafte Weise von ihm erhalten hat[h]. Der Anspruch auf Schadensersatz verjährt

[a] Dig. uti possidetis. 43. 17. Cod. 8. 6. [b] Dig. utrubi. 43. 31. [c] §. 4. in f. J. l. c. L. 1. §. 1. D. l. c. cf. Gai. IV. 150..152. [d] §. 171. not. b. c. [e] L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 11. D. uti possid. 43. 17. cf. L. un. Cod. h. t. [f] §. 7. J. l. c. L. 3. §. 1. D. l. c. L. 2. pr. D. de interd. 43. 1. [g] L. 1. pr. §. 9. L. 2. 3. pr. D. uti possid. L. 53. D. de poss. 41. 2. [h] L. 3. pr. cit. L. 1. §. 1. D. utrubi. §. 4. J. l. c. cf. Gai. IV. 166..168.

übrigens durch Ablauf eines utilis annus (§. 90) von Zeit der begangenen Besitzstörung an[3], sofern nicht der Gegner noch jetzt Vortheil davon hat[i].

Anm. [1] Vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. 43. 17. Ait praetor: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.* Cf. Fest. v. possessio: *uti possidetis eum fundum;* auch: *uti possidetis eum locum*, arg. L. 3. §. 6. D. uti possid. L. 60. D. de V. S. b) L. 1. pr. D. utrubi. 43. 31. Praetor ait: *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto.* §. 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim eius exaequatam fuisse *uti possidetis* interdicto, quod de rerum soli (sc. *possessione*) [de rebus soli] competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi nec clam nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet. Vgl. überhaupt Savigny §. 37 . . 39. Bruns Besitz §. 6. [Besitzkl. I. u. III. Abschn.] Schmidt a. a. O. S. 49 fg. S. 60. Witte S. 46 fg. S. 109 fg. Fitting im civ. Arch. LV. 14. — Windscheid 4. Aufl. §. 159. Brinz 2. Aufl. §. 181. 182. [Bekker S. 100. 139 fg. Lenel d. ed. perpet. S. 377 fg., 391 fg. Nach Duncker soll das Ziel des int. uti poss. immer nur eine pronuntiatio sein, niemals Schadensersatz oder Verbot bez. cautio de non amplius turbando (S. 53 fg.). Ueber das int. utrubi S. 121 fg.]

[2] Dies wird noch von Savigny [7. Aufl. S. 403 fg., 410 fg., 413 fg.] nicht angenommen, indem er nur dem Beklagten eine exceptio vitiosae possessionis gibt, die aber dann doch selbst eine Verurtheilung des fehlerhaft besitzenden Klägers bewirken soll. So auch Sintenis §. 46. A. 19. Seuffert §. 412. A. 17. Vgl. dagegen Vangerow §. 336. Puchta §. 133. Keller in d. Ztschr. für gesch. Rechtsw. XI. 9. Rudorff das. S. 335. Bruns S. 57 fg. Das Edict versprach ausdrücklich nur insoweit Schutz, uti nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis; daher erklärt sich, daß in den Quellen eine *exceptio* vitiosae possessionis fast gar nicht vorkommt; nur einmal beim Quasibesitz wird die Berufung auf Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes als exceptio bezeichnet. L. 1. §. 11. D. de itin. 43. 19. cf. L. 15. §. 4. 5. D. quod vi. 43. 24. [„annua *exceptio*"]. Schmidt a. a. O. S. 111 fg. Dieser Schriftsteller bestreitet S. 112 fg. vgl. S. 183 fg. mit sehr scheinbaren aus dem Wesen des alten Interdictverfahrens hergenommenen Gründen die oben behauptete Wirkung der Duplicität des Interdicts, selbst auch die von Savigny angenommene einseitige zu Gunsten des nicht besitzenden Beklagten: „aus den duplicia interdicta folgen nämlich keine duplicia iudicia, sondern einfache actiones". S. 184. A. 6. Nach dieser Ansicht würde die Duplicität der Interdicte im Justinianischen Rechte gar keinen Sinn mehr haben, da nun ein Interdictum im alten Sinne überall nicht mehr vorkommt, und nur noch von Klagen wegen Verletzung des in der Interdictsformel allgemein ausgesprochenen Verbots der Besitzstörung die Rede sein kann; es hätte also keinen Sinn, wenn §. 7. J. de interd. sagt: par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque

[i] L. 1. pr. D. uti poss. L. 4. D. de interd. 43. 1.

tam reliquam actoris partem (partes) sustinet, gerade so wie nach L. 2. §. 1. D. comm. div. 10. 3. in den iudiciis divisoriis „par causa omnium videtur". Und das praktische Ergebniß dieser Ansicht ist höchst unbefriedigend. Ist nämlich der Besitz streitig zwischen A und B, und es ergibt sich in Folge der Besitzklage des ersten, daß A zwar besitze, aber fehlerhaft, so wird B lediglich absolvirt; es wird dadurch ein ewiger Krieg des B gegen A gewissermaßen sanctionirt, und B, um diesem ein Ende zu machen, genöthigt, nun erst das interdictum recuperandae possessionis anzustellen, obwohl schon fest steht, daß dessen Voraussetzungen vorhanden sind; ergibt sich dagegen, daß B fehlerhaft besitze, so wird A ebenfalls abgewiesen und genöthigt, zu dem bereits als begründet erkannten interdictum recup. poss. zu greifen, oder kann nun seinerseits einen thätlichen Krieg gegen B eröffnen, da diesem gegen ihn ein wirksames interdictum retin. poss. nicht zusteht, nach Savigny's Ansicht dieses vielmehr den Erfolg haben würde, daß jener den Besitz wieder erlangte. Wie unvollkommen demnach der Zweck, zu welchem die duplex forma interdicti eingeführt sein soll (§. 171. A. 1. a. E.), erreicht würde, ist einleuchtend. Gleichwohl sind der Ansicht von Schmidt beigetreten Brinz 1. Aufl. §. 31. S. 82. Pagenstecher III. S. 229 fg. 238. und selbst Rudorff zu Puchta's Inst. II. §. 225. A. 1., vgl. auch Bruns in Bekker's Jahrb. IV. S. 44. 45. Mit Recht hat dagegen Vangerow auch in der 7. Aufl. S. 678. die obige Theorie von der Duplicität des Interdicts festgehalten, und seitdem ist diese neuerdings ausführlich vertheidigt worden von Witte a. a. O. S. 60..87.; vgl. S. 126 fg., 142 fg. Vgl. Rudorff Anh. Nr. 137.; dagegen Windscheid a. a. O. A. 10. Brinz §. 182. A. 17 fg. und die dort angeführte neuere Literatur. [Dazu Bekker S. 256 fg. Wächter II. S. 89 fg. Wendt dogm. Jahrb. XXI. §. 17. (geschichtl. Bemerkungen; vgl. S. 313 fg.), §. 18: mit dem eigentlichen Interdictenverfahren sei die Duplicität entfallen. Dunker S. 75 fg.: für die Duplicität, mit eigenthümlicher Ansicht über die recuperatorische Wirkung S. 81 fg., 98 fg.; vgl. S. 128 fg.]

3 Mit Unrecht wird diese Verjährung auch auf die Einwendung der Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes bezogen, Vangerow §. 336. S. 682. Puchta §. 133. not. g. Dagegen L. 4. D. de interd. und L. 1. §. 5. D. uti possid. Perpetuo autem huic interdicto insunt haec: *quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides*; vgl. L. 1. pr. L. 8. §. 12. D. de vi. 43. 16. L. 7. §. 5. D. commun. div. 10. 3. Rudorff in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 335. „Schadensersatz für vergangene Verletzungen ... ist die einzige (Function des Interdicts), für welche die Verjährung des Interdicts einen Sinn hat." Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 119. Pagenstecher III. S. 231. Witte a. a. O. S. 87..97. 125 fg., 129 fg. und Rudorff Anh. Nr. 142. [und zu Puchta a. a. O.] Brinz §. 182. A. 23 fg. [Dunker S. 135 fg.]

4 Neben den interdicta retinendae possessionis oder dem sogenannten possessorium *ordinarium*, wodurch im Fall des Streites entschieden wird, welche Partei während des Petitoriums den Besitz habe, ist in der gemeinrechtlichen Praxis noch ein sogenanntes possessorium summarium oder *summariissimum* zugelassen, zur Entscheidung über den provisorischen Besitzstand während des possessorium ordinarium, nachdem ein darauf bezügliches Institut des älteren Rechts (fructus licitatio, Gai. IV. 166..169.) ins Justinianische Recht nicht übergegangen ist. Particularrechtlich aber kommt dieser Gegensatz auch in der Bedeutung vor, daß das possessorium summarium dem gemeinrechtlichen poss. ordinarium gleichsteht, das poss. ordinarium dagegen, ähnlich der Publiciana actio, nur den auf einen Erwerbtitel sich gründenden Besitz

betrifft. Vgl. Savigny a. a. O. §. 51. Bruns R. d. Bes. §. 28. 33. 44. und S. 397 fg. Bayer Summar. Proc. S. 168 fg. [Wächter II. S. 90 fg.] Gemeinrechtliche Geltung aber vindicirt dem possessorium ordinarium in der letzten Bedeutung jetzt wieder in trefflicher Ausführung Delbrück die dingliche Klage des deutschen Rechts §. 18 fg. (oben §. 170. A. 4.). Vgl. aber dagegen Bruns in Bekker's Jahrb. IV. 1. Maassen das. II. 13. Bruns Besitzkl. S. 212 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 162. A. 10. 11. — [Vgl. jetzt noch Mandry Reichsges. S. 266 (2. Aufl. S. 368) fg.]

## §. 173.

### 2) Interdicta recuperandae possessionis.

Obgleich nach §. 172 auch die interdicta retinendae possessionis dazu führen können, den verlorenen Besitz wieder zu erlangen, sofern derjenige, welcher ihn dem Kläger unrechtmäßiger Weise entzogen hat, noch besitzt, so gibt es doch noch besondere, von dieser Voraussetzung unabhängige Interdicte, die wesentlich auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes oder Ersatz dafür gerichtet sind. Sie sind:

1) das interdictum de *vi*[a]. Nach römischem Rechte[1] steht dieses demjenigen[b], oder auch den Erben desjenigen[c] zu, welcher durch eine gegen seine eigene oder seines Stellvertreters Person verübte Gewalt (vis atrox[d]) aus dem juristischen Besitze[e] einer unbeweglichen Sache[f] verdrängt worden ist (deiectus)[2]. [Es richtet sich gegen] denjenigen, welcher die gewaltsame Besitzentsetzung selbst vorgenommen, oder durch Andere bewirkt, oder die in seinem Namen vorgenommene genehmigt hat[g], er mag jetzt sich im Besitze befinden oder nicht[h]. [Der Anspruch geht] auf Wiedererstattung des Besitzes und vollen Schadensersatz, namentlich auch Ersatz aller andern Sachen, welche dem Dejicirten durch die Dejection verloren gegangen sind[i], jedoch in diesem Umfang nur innerhalb eines annus utilis, nach dessen Ablauf nur mehr in id, quod ad deiicientem pervenit, geklagt werden kann[k]. Mit gleicher Beschränkung findet auch gegen die Erben des Dejicienten eine Klage statt[l], sodann gegen denjenigen, in dessen Namen zwar, aber ohne dessen Auftrag oder Genehmigung, durch von ihm abhängige Personen die Besitzentsetzung verübt worden ist[m], nicht auch gegen denjenigen, auf welchen sonst von dem Dejicienten der Besitz übergegangen ist[n]. ¿Gleich dem gewaltsamen Besitzer soll aber nach einer

[a] Dig. de vi et de vi armata. 43. 16. Cod. unde vi. 8. 4. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. 8. 5. [b] L. 1. pr. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 44. D. h. t. [d] L. 1. §. 3. 22. 28. 29. D. h. t. [e] L. 1. §. 9. 10. 23..26. eod. L. 1. Cod. si per vim. 8. 5. [f] L. 1. §. 3..6. D. eod. §. 6. J. de interd. 4. 15. [g] L. 1. §. 11..18. L. 3. §. 10..12. D. h. t. [h] L. 1. §. 13. 36. 42. L. 15. 16. eod.; [i] L. 1. §. 31..41. L. 6. 9. §. 1. L. 10. 15. D. eod. L. 9. Cod. h. t. 8. 4. [k] L. 1. pr. §. 39. D. h. t. [l] L. 1. §. 48. L. 2. 3. pr. L. 9. pr. eod. [m] L. 1. §. 15 19.. eod. [n] L. 3. §. 10. D. uti possid. 43. 17.

Constitution von Justinian[o] auch derjenige belangt werden können, welcher des Grundstücks eines Abwesenden sich bemächtigt hat, und desgleichen ist durch kaiserliche Constitutionen auch in andern Fällen demjenigen, welchem der Besitz einer unbeweglichen Sache, wenn auch ohne Gewaltübung gegen seine Person, doch auf rechtlose Weise und ohne seinen Willen entzogen worden ist[p], eine Klage zur Wiedererlangung des Besitzes gewährt worden[3].

In Ansehung beweglicher Sachen, auf welche sich das interdictum de vi nicht bezog, gewährte bis auf Justinian das interdictum *utrubi* in allen Fällen rechtloser Entziehung des Besitzes die erwünschte Hülfe, indem dabei derjenige siegte, welcher innerhalb des letzten Jahres länger als die Gegenpartei, nicht vi clam precario von dieser, den Besitz gehabt hatte. Unzweckmäßiger Weise aber ist im Justinianischen Recht dasselbe ebenso wie das interdictum uti possidetis auf den gegenwärtigen Besitz gestellt worden und kann daher nur mehr in beschränktem Umfange zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes dienen[4], und ob im neueren Recht das interdictum de vi auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sei, ist sehr zweifelhaft[5]. Im canonischen Rechte ist aber unter dem Namen actio *spolii* eine sehr umfassende Besitzklage bezüglich aller Besitzgegenstände anerkannt[q], die nicht nur gegen denjenigen, der sich gewaltthätig in Besitz gesetzt, und dessen Erben, sondern auch gegen dritte Besitzerwerber, die von der gewaltthätigen Entsetzung des früheren Besitzers Kunde hatten, Wiedererstattung des Besitzes zu erwirken vermag[6], und die Praxis hat dieser Klage noch eine weitere Ausdehnung gegeben auf alle Fälle unrechtmäßiger Besitzaneignung wider Willen des bisherigen Besitzers[7].

2) Das interdictum de *precario*[r]. Dieses bezieht sich auf den Fall, wenn Jemanden Besitz auf beliebigen Widerruf überlassen ist[8], was gewöhnlich auf ergangene Bitte geschieht, daher der Name[s]. Ein solcher Precarist hat der Regel nach abgeleiteten juristischen Besitz, der gegen Andre als den Verleiher durch die gewöhnlichen Interdicte geschützt ist[t]. Wenn nun aber auf ergangenen Widerruf der Besitz dem Verleiher nicht zurückerstattet wird, so steht diesem das genannte Interdict gegen den Empfänger oder dessen Erben[u] zu Gebote, um sich Rück-

[o] L. 11. Cod. h. t. 8. 4. (Justinianus Joanni p. p. a. 532.). [p] rubr. u. L. 1. 2. Cod. si per vim. 8. 5. (not. a.) L. 5. 8. Cod. h. t. 8. 4. L. un. Cod. ubi de poss. 3. 16. L. 3. Cod. qui legit. pers. 3. 6. cf. L. 12. Cod. de poss. 7. 32. L. 1. 2. 3. 6. Theod. Cod. unde vi. 4. 22. L. 8. §. 1. Theod. Cod. de iurisd. 2. 1. [q] cap. 18. X. de restitutione spoliatorum. 2. 13. [r] Dig. de precario. 43. 26. Cod. de precario et Salviano interdicto. 8. 9. [s] L. 1. 2. §. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. [t] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 10. §. 1. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. l. §. 172. not. g. [u] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

erstattung des Besitzes und Ersatz des durch dolus oder lata culpa des Gegners verursachten Schadens zu verschaffen' [9].

Anm. [1] L. 1. pr. D. de vi. 43. 16. Praetor ait: *Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.* ([Die Stelle enthält eine den Compilatoren zur Last fallende Zusammenwerfung von Interdict und actio in factum; darum, und wohl auch aus sprachlichen Gründen nennt sie] ein „Portentum" Huschke in Linde's Ztschr. n. F. XIV. S. 81. A. 3.) [Vgl. jetzt Lenel d. ed. perpet. S. 370 fg.] Ueber die Unterscheidung des ältern Rechts zwischen dem interdictum de vi armata und de vi quotidiana, welches letztere durch Fehlerhaftigkeit des Besitzes ausgeschlossen war, vgl. Gai. IV. 154. 155. mit §. 6. J. de interd. 4. 15. [Vgl. Bekker S. 98 fg. Lenel a. a. O.]

[2] Thibaut im civ. Arch. XVIII. 13. behauptete, das interdictum de vi stehe jedem gewaltsam entsetzten Inhaber (naturalis possessor in seinem Sinn) zu, und gab zudem ganz absonderlicher Weise auch dem Ehemann dasselbe Interdict, wenn die Ehefrau selbst, nicht auch, wenn ihr Pächter aus dem Besitze der jener von ihm geschenkten Sache dejicirt worden: arg. L. 1. §. 9. 10. D. h. t. Deiicitur is qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. — Denique et si maritus uxori donavit eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen si colonus. Aber diese Ansicht hat nach Puchta §. 135. not. a. „kaum den Schein eines Grundes für sich". Dagegen auch Kierulff I. S. 349., obwohl er in der Terminologie mit Thibaut übereinstimmt. Vgl. oben §. 136. A. 2. Doch stimmen in Ansehung des ersten Punktes mit Thibaut überein Pfeifer Was ist und gilt im R. R. der Besitz? S. 55 fg. und Sintenis §. 42. A. 24. [Duncker S. 103 fg., 108 fg.]

[3] Die Klage kommt in den Quellen (not. p.) vor unter dem Namen interdictum oder actio momentariae oder momentaneae possessionis, actio *momenti*. Die meisten Neueren erkennen darin nach Savigny §. 43. nur eine neue Benennung für die Interdictsklage de vi. Daß darin eine weitere Ausdehnung der recuperatorischen Besitzklagen liege, vertheidigt jetzt mit Cuiacius und anderen älteren Juristen überzeugend wieder Ihering a. a. O. 2. Aufl. S. 104 . . 136. Dagegen Bruns Bstzkl. S. 84 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 160. A. 5., andrerseits Brinz §. 183. A. 20 fg. [Meischeider S. 462 fg. S. noch Bekker S. 257 fg. 266 fg. Duncker S. 117 fg.]

[4] Vgl. §. 172. A. 2. Rudorff Anh. zu Sav. Nr. 145. Ihering a. a. O. S. 141.

[5] Daß schon durch L. 7. Cod. h. t. 8. 4. (§. 94. not. h.) das interdictum de vi schlechthin auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sei, nehmen Manche an mit Savigny §. 40. [S. 437 fg. d. 7. Aufl.] vgl. Rudorff Anh. Nr. 152. Dagegen Puchta a. a. O. not. a. Bruns Rt. d. Bes. §. 7. [S. 67. 74 fg.] Ihering S. 136. [Bekker S. 263 fg.] Ob die momenti actio? Brinz Pand. S. 86. vgl. Ihering S. 141 fg.

[6] Ueber die actio spolii und die verwandte exceptio spolii vgl. Savigny §. 50. Bruns §. 16 . . 23. [Besitzklagen §. 20 . . 25.] Seuffert §. 415. Delbrück a. a. O §. 22 fg. 63 fg. Windscheid §. 162. — Maassen „zur Dogmengeschichte der Spolienklage" in Bekker's Jahrb. III. 8. [Wächter II. S. 94 fg.]

' L. 8. §. 4 . . 6. D. h. t.

[7] Diese Erweiterung des Gebietes der actio spolii wurde mit Erfolg bekämpft von Savigny a. a. O., wird aber als dem praktischen Bedürfniß entsprechend jetzt wieder vertheidigt von Ihering a. a. O. S. 136 fg. Vgl. Windscheid §. 162. a. Brinz §. 183. a. E. [Wächter II. S. 97 fg. Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. VIII. S. 37 fg. „Die Spolienklage ist der civilrechtliche Repräsentant des Satzes: Eigenmacht ist verboten." (S. 42.)]

[8] L. 2. pr. D. de precario. Ait praetor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* Savigny §. 42. G. E. Schmidt das Commodatum und Precarium. 1841. (vgl. Schmidt von Ilmenau in d. krit. Jahrb. VII. S. 769..793.) Bulling das Precarium. 1846. [Bekker S. 122 fg.] Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 87. „Alles scheint darauf hinzuweisen, daß uns an beweglichen Sachen der Unterschied von Commodat und Precarium fremd geblieben, und hier einzig das Commodat einheimisch sei: daß zwar auch wir eine Leihe an Immobilien, Servituten und ähnlichen deutschen Rechten haben, keinesfalls aber mit allen Eigenthümlichkeiten des Precariums." Dagegen Windscheid §. 160. A. 16..18. vgl. Vangerow III. §. 691. Dankwardt das Precarium u. d. Emphyteuse, in d. dogm. Jahrb. XIV. 6. Ubbelohde über d. Precarium an körperlichen Sachen im civ. Arch. LIX. 6. (rect. 7.) — Neuestens ist übrigens dem interdictum de precario der Charakter eines interdictum recuperandae possessionis bestritten von Ihering a. a. O., erst in der 2. Aufl. S. 96 fg. arg. L. 4. §. 3. L. 15. §. 3. L. 18. D. h. t. und so auch Bruns Bsitzkl. S. 180 fg. [Dunker S. 95 fg.] Vgl. dagegen Windscheid 4. Aufl. §. 160. Nr. 2. Brinz 2. Aufl. §. 184., dazu Dankwardt a. a. O. §. 19..21. 28. [S. jetzt Bekker S. 139.]

[9] Interdictum de *clandestina possessione?* L. 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3. Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium (communi dividundo) dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi; et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait, cessare hoc iudicium; nam de clandestina possessione competere interdictum inquit. Darüber Savigny a. a. O. §. 41. Witte a. a. O. S. 45 fg. [Bekker S. 121 fg. Dunker S. 138 fg. 187 fg.]

## §. 174.
## V. Verlust des Eigenthums.

In allen Fällen, wenn ein Andrer das Eigenthum erwirbt, versteht es sich von selbst, daß der bisherige Eigenthümer dasselbe verliert. Dieses kann aber auch geschehen, ohne daß das Eigenthum auf einen Andern übergeht, entweder mit dem Willen des Eigenthümers, durch Dereliction, wozu aber Veräußerungsbefugniß desselben vorausgesetzt wird, oder auch ohne dessen Willen, aus den in §. 127 angedeuteten Gründen.

[Anm. Die Dereliction ist das Gegenstück der Occupation; das „in der Behandlung der Sache äußerlich hervortretende" Aufgeben des Besitzes in der Absicht, das Eigenthum aufzugeben. Wesentlich ist dabei für den Begriff, daß das aufgegebene

Eigenthum nicht auf einen Anderen übertragen werde; nicht wesentlich, daß es nicht übergehe. Vgl. Windscheid §. 191. Ueber die streitige Frage nach Voraussetzung und Wirkung der Derelīction eines ideellen Theils (Accrescenzrecht unter Lebenden?) s. Steinlechner iuris comm. II. S. 87 fg. Schey in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 139 fg. Kohler Ges. Abh. S. 192 fg. — Ob durch eine Flußüberschwemmung das Eigenthumsrecht an den überschwemmten Grundstücken suspendirt werde? Frank in d. dogm. Jahrb. XXI. 3. S. 423 fg. Seuffert's Arch. XXXVIII. 302.]

---

# Drittes Capitel.

## Von den Dienstbarkeiten [1].

## I. Wesen derselben.

### §. 175.

### A. Begriffsbestimmung.

Eine Dienstbarkeit, Servitut, ist ein die Benutzung einer Sache in einer bestimmten Beziehung (partiell) ergreifendes, daher das Eigenthum der Sache rücksichtlich ihrer Benutzung und zwar zu Gunsten einer bestimmten Person oder des Eigenthümers eines bestimmten Grundstücks als solchen beschränkendes dingliches Recht. [Die Dienstbarkeit ist also] entweder an eine bestimmte Person als berechtigtes Subject geknüpft, oder mit dem Eigenthum eines bestimmten Grundstücks, das hier gewissermaßen als berechtigtes Subject erscheint, verbunden. Durch dieses Merkmal unterscheiden sich die Dienstbarkeiten von der Emphyteuse und Superficies, als selbständig vererblichen und veräußerlichen Rechten [2]. Ihrem Inhalt nach sind sie, gleich diesen, Bestandtheile des Inhalts des Eigenthums, welche diesem entnommen nunmehr als selbständige Rechte einem Andern als dem Eigenthümer zustehen. Daraus folgt jedoch nicht nothwendig, daß nun der Eigenthümer selbst diejenige Befugniß, die den Inhalt der Servitut bildet, nicht mehr habe; er entbehrt an Eigenthumsbefugnissen nur so viel, als mit den dem Servitutberechtigten zustehenden Befugnissen unverträglich ist; dies aber ist jedenfalls die der Befugniß des Servitutberechtigten gegensätzlich entsprechende, positive oder negative, Eigenthumsbefugniß [3].

Anm. 1 Die neuesten Bearbeitungen dieser Lehre sind: Luden die Lehre von den Servituten. 1837. E. Hoffmann d. L. v. d. S. nach R. R. 2 Thle. 1838. 1843. R. Elvers die römische Servitutenlehre. 1856. (vrbr. Kuntze in d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 227..268. Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 161., civ. Schr. I. S. 168 fg.) Heimbach im Rtslex. X. S. 145..349. Schönemann die Servituten.

1866. Windscheid 4. Aufl. §. 200..217. Brinz 2. Aufl. §. 185..201. [Buchholz Versuche, Abhdlg. XIV. Vgl. auch J. Ofner der Servitutenbegriff nach röm. u. österr. R. Eine krit. Studie. 1884. Geschichtliches bei Voigt Ber. d. phil.-histor. Classe d. sächs. Ges. d. Wissensch. 1874. S. 159 fg. und XII. Tafeln II. S. 345 fg.]

2 Das Wort servitus bezeichnet zunächst, im passiven Sinne, die Beschränkung, häufiger aber, im activen Sinn, das entsprechende Recht. In weiterem Sinn wird einmal auch die Superficies servitus genannt in L. 86. in f. D. de legat. I., und in L. 1. §. 22. D. de aqua et aquae pluv. 39. 3. auch eine gesetzliche Beschränkung des Eigenthums mit demselben Ausdruck bezeichnet. [Wächter II. S. 201. Note 1.]

3 Ueber diesen Punkt vgl., gegen Vangerow §. 338. A. 1., Scheurl in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. S. 242 fg. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. III. S. 250 (civ. Schr. I. S. 251) fg. [und jetzt Wächter II. S. 206 fg.] Uebereinstimmend hiermit bezeichnet auch Elvers S. 81. die Servituten als vom Eigenthum „abgezweigte Befugnisse", obwohl sonst dieser Schriftsteller in ebenso verunglückter als gekünstelter Weise den Begriff der Servituten dahin zu bestimmen sucht, daß sie in der rechtlichen Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache bestehen, und von diesem Standpunkte aus denn auch S. 298 fg. eine durchgreifende materielle Verschiedenheit der Servituten, insbesondere des Ususfructus, von der Emphyteuse und Superficies gefunden zu haben meint. Vgl. dagegen Arndts in der krit. Ueberschau a. a. O. Kuntze a. a. O. S. 232 fg., welcher letzte aber seinerseits auch erfolglos sich bemüht, darzuthun, daß „nicht der Inhalt der Servitut, sondern die Bestellungsbefugniß ein Eigenthumselement", und „die Servitutbeschränkung nicht eine Eigenthumsbeschränkung, höchstens eine Beschränkung des Eigenthümers ... in der Eigenthumsausübung" sei. [S. 240. 243. Vgl. schon Gesterding Eigenthum S. 5 fg. Wieder anders Schey in der Wiener Ztschr. VIII. S. 120 fg. IX. S. 345 fg.] Vgl. übrigens auch Brinz 1. Aufl. S. 258 fg. (2. Aufl. §. 186.) Keller §. 168. Windscheid §. 200. A. 3. Förster III. §. 185.

## §. 176.
## B. Allgemeine Grundsätze.

Von den Dienstbarkeiten überhaupt gelten folgende allgemeine Grundsätze, die sich zum Theil schon aus ihrer Natur als dinglicher Rechte an einer fremden Sache von selbst ergeben: 1) Der Inhalt der Servitut kann nicht darin bestehen, daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu thun verpflichtet sei, sondern nur darin, daß derselbe etwas dulde oder etwas unterlasse, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verwehren, beziehungsweise zu thun befugt wäre. 2) Niemand kann an seiner eigenen Sache eine Servitut haben. 3) Eine Servitut kann nicht selbst wieder Gegenstand einer Servitut sein. 4) Die Servitut muß für das berechtigte Subject einen Vortheil gewähren; sie kann nicht bloß darin bestehen, daß der Eigenthümer sich etwas versage, was für den Andern ohne Interesse ist.

Anm. a) L. 15. §. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet,

aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. (§. 131.) b) L. 26. D. de serv. praed. urb. 8. 2. Nulli res sua servit. c) L. 1. D. de usu leg. 33. 2. Servitus servitutis esse non potest. Cf. L. 33. §. 1. D. de serv. praed. rust. 8. 3. d) L. 15. pr. D. de servit. 8. 1. Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas, et ideo si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Cf. L. 19. eod. Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit; quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sint. Vgl. überhaupt Vangerow §. 338. A. 2. Elvers §. 6. 7. 14. 16. 26. Böcking Inst. II. §. 160. 162.; zu [Nr. 1. des Textes insbes. Wächter II. S. 210 fg. zu Nr. 2. Hartmann Rechte an eigener Sache. IV., jetzt auch in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 91 fg. 141 fg., zu] Nr. 3. Windscheid §. 200. A. 5. §. 206. A. 10. A. Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 260. A. 27. [Wächter II. S. 217.]

## §. 177.
## C. Haupteintheilung.

Die Dienstbarkeiten sind, wie sich aus §. 175. von selbst ergibt, entweder persönliche, servitutes personarum, Personalservituten, oder Grunddienstbarkeiten, servitutes rerum, iura praediorum, Prädial- oder Realservituten, je nachdem das Recht wesentlich nur einer bestimmten Person gegeben ist oder zum Vorteil eines bestimmten Grundstücks, daher für jeden Eigenthümer dieses Grundstücks, besteht. Die letzten sind von unbegränzter Manchfaltigkeit, die ersten dagegen kommen unter bestimmten Gestalten und Namen vor, namentlich Usus und Ususfructus. Gleichwohl aber sind auch diese, durch Beschränkung auf bestimmte Nutzungen der Sache, einer gleichen Manchfaltigkeit des Inhalts empfänglich, oder, mit andern Worten, es können Befugnisse der Art, wie sie den Inhalt von Grunddienstbarkeiten bilden, auch als persönliche Dienstbarkeiten, als ein bezüglich des Gegenstandes und Inhalts beschränkter Usus oder Ususfructus, eingeräumt werden, so fern sie auch einer Person für sich, ohne mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden zu sein, Vortheil gewähren können [1]. Man hat daraus, unnöthiger Weise, den Begriff sogenannter irregulärer Servituten gebildet, die man, verkehrter Weise, als eine Art von Mittelding zwischen persönlichen und Grunddienstbarkeiten auffaßte [2], während sie nichts andres als wahre persönliche Dienstbarkeiten, nur von beschränktem Inhalt oder Gegenstand, sind [3].

Anm. [1] L. 1. D. de servitut. 8. 1. Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urba-

norum. L. 4. D. de s. pr. rust. 8. 3. Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus. L. 6. pr. eod. Veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur .... Sed si, ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. L. 37. eod. ... Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seii, quasi usuarii, transmitti non oportere. Cf. L. 1. in f. D. de usu leg. 33. 2. L. 6. D. de servit. leg. 33. 3. „usum transeundi personae datum".

[2] Die sog. irregulären [vielleicht besser: unbenannten persönlichen] Servituten sind Gegenstand vielfältig abweichender Erörterungen gewesen. Vgl. Zachariä von Lingenthal im civ. Arch. XXVII. 1. S. 5..17. u. Cohnfeldt die sog. irregulären Servituten des R. R. 1862. S. 1..26. [Hesekiel de orig. pers. servit. earum, quibus irregularibus nomen indi solet. 1862.] Cohnfeldt will seinerseits in den hieher bezogenen Stellen überall nur Grunddienstbarkeiten mit persönlicher (bloß ope exceptionis wirkender) Beschränkung oder vollkommenen Ususfructus oder Usus erkennen; aber seine Ausführung, obwohl lobenswerth, ist nicht überzeugend und namentlich ungenügend der versuchte Nachweis, daß so beschränkte Gebrauchsbefugnisse nicht den Inhalt einer persönlichen Dienstbarkeit bilden können. Vgl. Windscheid §. 202. A. 2. Vangerow §. 339. A. I. Schletter's Jahrb. IX. S. 2 fg. Linde's Ztschr. n. F. XX. in der Rundschau S. 7 fg. — Eine große Rolle spielte von jeher in dieser Streitfrage L. 14. §. 3. D. de alim. leg. 34. 1. Quidam libertis suis, ut alimenta ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, quum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur. Zu emendiren: .... *est servitus, personae tamen eius*, .... *utiliter* (oder: *non inutiliter*) *relinquitur;* am Ende: *haec enim aeque personae relinquuntur?* So, gegen Mühlenbruch im civ. Arch. XV. 18., Zachariä a. a. O. [S. 14 fg. 38 fg. 46 fg.], womit auch übereinstimmt Elvers §. 23. S. 198 fg. S. 185 fg. vgl. Vangerow §. 339. A. [S. 698 fg.] Dagegen Böcking liest: .... *servitus, personae tamen ei etc.*, und nimmt demnach an, daß die Stelle nicht von der servitus aquae, sondern vom Wasserbedarf des Vermächtnißnehmers rede. Vgl. dessen ausführliche Paraphrase in den Inst. II. S. 221 fg. Doch will wiederum Fuchs im prakt. Arch. IV. 15. [S. 313 fg.], von der Annahme ausgehend, daß „in unsrer Stelle ... die Constituirung einer Prädialservitut als Personalservitut abgehandelt wird" (!), durch noch weiter gehende Emendationen helfen, indem er vorerst die Schlußworte „*haec enim (sc. servitus personae) aeque personae relinquitur*" hinter *relicta* versetzt, und dann weiter liest: „*Nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus servitus personae* (oder *ut servitus personae*) *etiam ei*, *qui vicinus non est*, *non inutiliter relinquitur.*" Freilich wiederum ein „mühseliger" Emendationsversuch „dieses nüchternen Fideicommisses", um mit Böcking a. a. O. zu reden. Cohnfeldt a. a. O.

S. 70 fg. wirft muthig den ganzen Satz „Nam et haustus ... utendi" als unechte Randglosse hinweg. Mommsen endlich in seiner Digestenausgabe (II. S. 145.) bemerkt zu diesem Satze: *requiritur tale quid*: ut pecoris ad aquam appulsus et servitus pascendi ei qui vicinus non est etc. Vgl. Brinz 2. Aufl. §. 195. A. 13 fg. — Uebrigens werden die Prädialservituten in den Quellen oft vorzugsweise unter servitutes verstanden. §. 6. J. de usu. 2. 5. vgl. mit J. lib. 2. titt. 3. u. 4. Dig. lib. 7. u. 8.

[3] So auch das sächs. Gsltzb. §. 601. „Gegenstand einer persönlichen Dienstbarkeit können die gesammten Nutzungen oder einzelne Arten der Nutzungen einer fremden Sache sein. Auch Befugnisse, welche den Inhalt von Grunddienstbarkeiten bilden, können, ohne mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden zu sein, als persönliche Dienstbarkeiten bestehen, wenn sie einer Person an sich einen Vortheil zu bringen vermögen." Dann zwar §. 604. „der Nießbrauch gibt das Recht alle Nutzungen der dienenden Sache zu ziehen"; aber §. 646. „die Bestellung des Nießbrauches und des Gebrauches an unbeweglichen Sachen, mit Ausnahme des Falles, wo die dadurch ertheilten Befugnisse über den Inhalt von Grunddienstbarkeiten nicht hinausgehen" u. s. w. Vgl. auch Förster §. 185. a. E.

## D. Die einzelnen Arten der Dienstbarkeiten.

### 1) Persönliche Dienstbarkeiten[a].

#### a) Der Nießbrauch. Usufructus.

#### §. 178.

##### α) Begriff und Voraussetzungen.

Nießbrauch, Usufructus, ist das einer bestimmten Person zustehende Recht an einer fremden, beweglichen oder unbeweglichen, nicht verbrauchbaren, Sache auf den von dieser durch Gebrauch und Fruchtgewinn, ohne Verbrauch derselben, zu ziehenden Nutzen[b]. Der Berechtigte heißt Nutznießer, Usufructuarius oder Fructuarius[c]; das Eigenthum, welchem das Recht der Nutznießung und somit einstweilen sein wesentlichster Vortheil entnommen ist, wird, so lange diese Beschränkung besteht, *nuda proprietas* (sc. deducto usufructu) genannt, der Eigenthümer dominus proprietatis oder proprietarius[d]. Der Nießbrauch ist ein theilbares Recht[e]; er kann auf einen intellectuellen Theil der Sache beschränkt sein, so daß das Eigenthum für den übrigen Theil unbeschränkt ist oder auch der Nießbrauch mehreren an derselben Sache gemeinschaftlich (pro partibus indivisis) zusteht[f].

[a] Inst. de usufructu. 2. 4. Dig. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. 7. 1. Cod. de usufructu et habitatione et ministerio servorum. 3. 33. cf. Vat. fragm. §. 41 .. 93. [b] pr. J. h. t. L. 1. 2. D. h. t. vgl. §. 52. 181. [c] L. 14. §. 1 .. 3. D. de usu. 7. 8. [d] §. 1. 3. J. h. t. L. 6. pr. L. 13. pr. L. 15. §. 6. L. 17. pr. .. §. 2. D. h. t. cf. §. 126. A. 1. [e] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 5. D. h. t. L. 5. §. 2. D. si ususfr. pet. 7. 6. L. 19. D. de usu. 7. 8. [f] L. 7. §. 7. 10. D. comm. div. 10. 3.

Anm. L. 1. D. h. t. 7. 1. Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. L. 2. eod. Est enim . . . ius in corpore, quo sublato et ipsum tolli necesse est. Sog. ususfr. *formalis* [oder separatus] im Gegensatz gegen sog. ususfructus *causalis* [e proprietate oder coniunctus], d. i. das Nutzungsrecht des Eigenthümers selbst. [Landsberg die Glosse des Accursius. S. 94 fg.] — Aeltere Bearbeitungen dieser Lehre: Galvani de usufructu dissertationes variae, zuerst Patav. 1650. Noodt de usufructu libri II., zuerst Lugd. Bat. 1713., in dessen opp. omn. [Lugd. Bat. 1724. tom. I. p. 387..478.] Col. 1732. tom. I. p. 339...416. — Dazu jetzt Heimbach im Rechtslex. XI. S. 867...,955. [Theilbarkeit des Nießbrauchs: Wächter II. S. 223 fg. Rümelin Theilung d. Rechte. S. 117 fg.]

## §. 179.

### β) Rechte des Nutznießers.

Der Nutznießer hat 1) was die Nutzung der Sache betrifft, der Regel nach das Recht, diese, mit Ausschließung des Eigenthümers, allein zu gebrauchen und ohne Beschränkung auf sein persönliches Bedürfniß deren Früchte zu ziehen, auch durch Erzielung sogenannter juristischer Früchte (fructus civiles, §. 55) die Sache für sich nutzbar zu machen, aber ohne diese selbst zu versehren, in der Art und Weise, wie ein verständiger und sorgfältiger Eigenthümer sie nutzen würde, tanquam bonus paterfamilias, boni viri arbitratu, und mit Rücksicht darauf, daß die Sache dereinst dem Eigenthümer zurückzuerstatten ist[a]. Nach diesem allgemeinen Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der besondern Beschaffenheit und Bestimmung der dienenden Sache ist der Umfang der Nutzungsbefugnisse im einzelnen Falle zu ermessen[b], welche im Allgemeinen erschöpfend zu bestimmen weder nöthig noch thunlich ist[1]. Die natürlichen Früchte erwirbt der Nutznießer durch Perception[c] (§. 156), und zwar erstreckt sich dieses Recht auf alle beim Beginn des Nießbrauches noch mit der Hauptsache verbundenen Fruchterzeugnisse, da hingegen die zur Zeit der Endigung desselben noch nicht gewonnenen Früchte wieder dem Eigenthümer zufallen[d]. Juristische Früchte, welche die Sache gewährt, sind in der Regel nach Verhältniß der Dauer des Nießbrauches zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer zu theilen[e]; sind sie aber nur ein Ersatz für zu ziehende natürliche Früchte, so kommt es darauf an, wem die letzten durch unmittelbare Perception zugefallen wären, während die Wirkungen willkürlich eingegangener obligatorischer Rechtsverhältnisse des einen den andern nicht angehen[f]. Auf den Zuwachs der Hauptsache erstreckt sich das Recht des Nutznießers nur insofern, als jener

[a] L. 7. pr. L. 9. 13. pr. D. h. t. [b] L. 7. et sqq. D. h. t. [c] L. 13. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 28. D. de usur. et fruct. 22. 1. L. 68. D. h. t. [d] L. 13. cit. L. 12. §. 5. L. 27. pr. L. 48. §. 1. D. h. t. [e] L. 25. §. 2. L. 26. D. h. t. [f] L. 58. pr. D. h. t. L. 59. §. 1. eod.

nicht in einer für sich bestehenden, mit dieser nicht unmittelbar verbundenen Sache besteht, daher namentlich nicht auf die insula in flumine nata [g]. Zum Zweck der Ausübung seines Rechts gebührt dem Nutznießer die Detention der Sache [h]. Uebrigens [2] kann das Nutzungsrecht des Nutznießers durch besondere Bestimmung bei Begründung der Servitut wie durch spätere Uebereinkunft rücksichtlich seines Umfangs mehr oder weniger eingeschränkt werden [i].

2) Was die Verfügung über die Sache selbst angeht, so darf der Nutznießer ohne Einwilligung des Eigenthümers die Sache weder ganz verbrauchen noch auch wesentliche Veränderungen mit derselben vornehmen, die nicht durch den Zweck ordnungsmäßiger und ihrer Bestimmung entsprechender Benutzung gerechtfertigt werden [3], was ebenfalls wieder nach billigem Ermessen (arbitratu boni viri) mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache im einzelnen Falle näher zu bestimmen ist [k]. Er kann ebenso seinerseits dem Eigenthümer jede seine Nutzung beeinträchtigende Aenderung der Sache untersagen [l].

3) Ueber sein Recht selbst kann der Nutznießer nach Belieben verfügen, indem er die Ausübung desselben einem Andern überlassen kann [m], sei es entgeltlich oder unentgeltlich, ganz oder zum Theil, für eine gewisse Zeit oder ein für allemal auf die ganze Dauerzeit des Nießbrauchs, so zwar, daß nun diesem Andern zu eigenem Vortheil (§. 112) auch die Geltendmachung des Nießbrauchs gegen dritte Personen durch die dem Nutznießer zustehenden dinglichen Klagen verstattet sein kann [n]; er kann aber streng genommen nicht das Recht des Ususfructus selbst auf einen Andern übertragen [4], so daß dieser nun an seiner Statt der eigentliche Usufructuar werde und so denn auch der Bestand des Rechts mit Rücksicht auf dessen Person sich bestimme [o], und eben so wenig kann er andre Rechte an der Sache, z. B. Servituten, einräumen, wodurch das Eigenthum geschmälert würde. Andrerseits kann der Eigenthümer wohl seine nuda proprietas veräußern [p], aber keinerlei rechtliche Verfügung in Ansehung der Sache, welche das Recht des Nutznießers beeinträchtigt, einseitig vornehmen, z. B. keine Servituten einräumen oder aufgeben [q]. Daß er aber sogar mit Einwilligung des Nutznießers keine

[g] L. 9. §. 4. D. h. t. [h] L. 12. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [i] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2. [k] L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4..8. D. h. t. [l] L. 13. §. 7. L. 19. §. 1. D. h. t. [m] L. 12. §. 2. L. 38..40. L. 67. D. h. t. L. 29. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 8. §. 2. D. de peric. 18. 6. L. 9. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 66. D. de iure dot. 23. 3. L. 57. D. sol. matr. 24. 3. [n] arg. L. 11. §. 2. D. de pign. 20. 1. L. 21. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 29. §. 2. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. [o] L. 15. D. fam. erc. 10. 2. §. 3. J. h. t. cf. L. 4. L. 29. §. 2. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 9. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 29. D. de usu leg. 33. 2. [p] L. 2. Cod. h. t. [q] L. 15. §. 7. L. 16. D. h. t. cf. L. 17. pr. eod. L. 2. §. 7. 8. D. de relig. 11. 7.

Servitut an der Sache soll bestellen können[r], ist ein nur aus formellen Gründen des ältern Rechts zu erklärender unpraktischer Satz[5].

Anm. [1] Ueber den Nießbrauch an Waldungen insbesondere vgl. Laspeyres im civ. Arch. XIX. 4. Vangerow §. 344. A. 1. und Zachariä in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 126 fg.; über den Bezug von juristischen Früchten (not. e.): Arndts civ. Schr. I. 17. Fr. Mommsen Erörtr. aus d. Obligationenrecht I. S. 134.; über das Recht des Nießbrauchers an mineralischen Producten, insbesondere Bergwerkserzeugnissen: Schröder im civ. Arch. XLIX. 10. 16. [recte 15.]; über Vertheilung von Grundgefällen: Wächter Erörtr. 1. S. 72 . . 87.

[2] Eine abweichende Ansicht stellt zwar Cohnfeldt a. a. O. S. 27 fg. auf; er hält das Recht des Fruchtbezugs, wie er dem Wesen und der Bestimmung der Sache entspricht, für wesentlich im Begriff des Ususfructus. Dagegen Linde's Ztschr. a. a. O. (oben §. 177. A. 2.).

[3] L. 13. §. 4. D. h. t. Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. Et . . . non debet neque arbores frugiferas excidere neque villam diruere nec quidquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptarium fuit praedium, viridaria vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deiicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. §. 5. . . . Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit; ergo et auri et argenti et sulphuris et aeris et ferri et ceterorum fodinas vel quas paterfamilias instituit exercere poterit vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Bei dieser Stelle hat man sich ohne Noth Schwierigkeiten gemacht, die man dann durch Textänderung oder gezwungene Erklärung zu beseitigen suchte. Feuerbach civ. Vers. Nr. IV. Madai im civ. Arch. XV. 16. Sintenis §. 59. A. 22. Vgl. dagegen Hagemeister im civ. Mag. III. 13. Vangerow §. 344. A. 2. Puchta §. 181. not. o., dazu Keil im civ. Arch. XXXV. 11.

[4] J. Dernburg in Linde's Ztschr. n. F. II. 2. und Elvers a. a. O. §. 27. 28. haben behauptet, daß der Usufructuar sein Recht selbst als dingliches Recht vollständig auf einen andern übertragen, der Letzte zudem, daß derselbe eben so auch Servituten auf die Dauer seines Rechts bestellen könne. Daß dies nicht römische Ansicht, beweisen vollständig die Stellen in not. m...o., vgl. Arndts in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 4. (civ. Schr. I. 18.). Elvers glaubt zwar, die strengere ältere Ansicht sei seit Zulassung der Verpfändung des Nießbrauchs (L. 11. §. 2. D. de pign.) aufgegeben worden, und führt als Beweis dafür an L. 8. §. 2. D. 18. 6. (Paul.): v. „utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit vendas“, und L. 57. D. 24. 3. (Marcell.): v. „potest autem (sc. mulieri restitui ususfructus) vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur“. Aber die erste Stelle unterscheidet nur, ob ein bestehender oder ein erst zu bestellender Nießbrauch Gegenstand des Kaufes sei, und die letzte spricht vielmehr gegen jene Meinung, nach welcher es der cautiones nicht bedürfte, eben so wie L. 15. D. 10. 2.

[r] L. 15. §. 7. cit. in f.

(Paul.): „nec enim a personis discedere (ususfructus) sine interitu sui potest“, und L. 16. pr. eod. (Ulpian.) „Et puto officio iudicis contineri, ut, si volent heredes a communione ususfructus discedere, morem iis gerat cautionibus interpositis.“ Vgl. auch Kuntze in d. Heidelb. Ztschr. II. S. 256 fg. Daß dem Erwerber in obigem Fall auch gegen den Usufructuar selbst, wie nach L. 11. §. 2. cit. Exceptio, so auch utilis confessoria actio zustehe, behauptet Windscheid die Actio S. 135 fg. Pand. §. 205. A. 4. vgl. H. Dernburg Pfandr. I. S. 485 fg. — Ob das übertragene Recht des Nießbrauches auch aufhöre, wenn der Nutznießer den Nießbrauch an den Eigenthümer rücküberträgt? Windscheid a. a. O.

5 L. 15. §. 7. D. h. t. sagt zuerst: sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius nec amittere servitutem; dann am Ende: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest, worauf L. 16., an diesem Platze unpassend eingefügt, fortfährt: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere; als ob auch das letzte nur möglich wäre consentiente usufructuario, worauf es doch hier nicht ankommen kann. Den Schlußsatz der L. 15. cit. aber hat man als „eine, allerdings etwas subtile Consequenz“ aus dem Princip: *Servitus servitutis esse non potest* zu erklären versucht; Vangerow §. 338. S. 694., auf eine hypersubtile Weise. Marezoll in den krit. Jahrb. IV. S. 166. und mit ihm Böcking Inst. §. 164. A. 22. finden die Erklärung desselben darin, daß die persönliche Servitut nicht von der Person getrennt, also weder ganz noch zum Theil auf einen Andern übertragen werden könne; wie auch schon Puggé vermuthete, daß er in der Unzulässigkeit der in iure cessio von Seiten des Usufructuars an einen Extraneus seinen Grund gehabt habe. Zachariä aber äußert die Vermuthung, daß der Ausspruch Ulpian's mit der Lehre von der remissio servitutis (nach altem Recht, durch in iure cessio) zusammenhänge und nur durch Mißverständniß in Justinian's Digesten aufgenommen, also eine unpraktische Antiquität sei. Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 133. Die beiden letzten Meinungen zusammengenommen enthalten das Wahre. Die in iure cessio des Eigenthümers allein konnte die Servitut nicht begründen; die in iure cessio des Usufructuars, qua nihil agitur, konnte den Mangel nicht heben, eben so wenig wie dessen formlose Zustimmung, und noch weniger war eine gemeinschaftliche in iure cessio beider denkbar. Daß aber der Satz in der That aller praktischen Bedeutung entbehrt, und die einfache Consequenz, die man darin findet, für das heutige Recht auf ein leeres Theorem hinausläuft, ergibt sich aus folgender Erwägung: der Usufructuar kann sein Recht dem Eigenthümer gegenüber jetzt durch bloßen Vertrag sowohl theilweise als ganz aufgeben, und über das Aufgegebene kann der letzte wieder frei verfügen; müßte also jener Satz als gesetzlicher Ausspruch auch stricte festgehalten werden, so könnte doch unzweifelhaft der Usufructuar zunächst den ganzen Nießbrauch aufgeben, dadurch den Eigenthümer zu vollkommen wirksamer Bestellung der Servitut in Stand setzen, und mit dieser Beschränkung den Nießbrauch sich wieder einräumen lassen, und da nun dieses Alles durch einfache Verträge bewerkstelligt werden kann, so würde eben dieses als die beabsichtigte Wirkung der mit Einwilligung des Nutznießers vorgenommenen Bestellung der Servitut anzuerkennen sein. Wer wird, wo öffentliche Bücher bestehen, zweifeln, daß die Servitut richtig bestellt sei, wenn der Eigenthümer und Nutznießer gemeinschaftlich die Eintragung derselben bewilligt haben? Wer würde es nicht pedantisch oder der Taxen wegen beutelschneiderisch finden, wenn das Gericht zuerst Löschung des Nießbrauchs, dann Eintragung der Servitut, dann Wiederbestellung des Ususfructus forderte, um jenes Ziel zu er-

reichen? Vgl. auch Elvers S. 259. Jhering in d. dogmat. Jahrb. I. S. 34. Sintenis I. §. 59. A. 45. Windscheid §. 208. A. 18.

## §. 180.

### γ) Verbindlichkeiten des Nutznießers.

Der Nutznießer soll die Sache nicht nur mit schonender Rücksicht auf den Eigenthümer benutzen, sondern auch wie ein bonus paterfamilias in gutem Zustande zu erhalten beflissen sein[a], so weit nicht die Zeit und angemessene Nutzung eine Minderung ihres Werthes unvermeidlich mit sich bringt[b]; er muß daher das gewöhnlich Erforderliche zur Erhaltung der Sache leisten, z. B. bei Gebäuden die gewöhnlichen Reparaturen[c], bei Thieren die gewöhnliche Pflege und Fütterung bestreiten[d], eine Heerde durch Ergänzung aus den Jungen vollzählig erhalten[e], Waldungen, Weinberge u. dgl. durch Nachpflanzen im Stande erhalten[f], u. s. w. Auch hat er die Lasten[1] und Abgaben der Sache zu tragen[g]. Er haftet für die Folgen seiner Nachlässigkeit; für außergewöhnliche Schadensfälle hat er nicht einzustehen[h]. Nach Endigung des Nießbrauchs muß er die Sache herausgeben und wegen verschuldeter Zerstörung oder Abwerthung Ersatz leisten[i], kann jedoch auch schon während der Dauer des Nießbrauchs wegen einzelner Verbindlichkeiten belangt werden[k]. Diese Verbindlichkeiten werden durch besondere Caution gesichert[l], cautio usufructuaria[2], der Regel nach durch Realcaution[m], zu deren Leistung der Nutznießer durch Vorenthaltung der Benutzung oder auch durch Klage angehalten werden kann[n]. Doch kann diese Cautionsleistung durch besondere Verabredung[o] erlassen werden[3], und in gewissen Fällen[p] ist sie nach gesetzlicher Bestimmung erlassen[4]. Durch Aufgeben seines Rechts kann sich der Nutznießer jener Verbindlichkeiten für die Zukunft entledigen[q].

Anm. [1] Verpflichtung des Nutznießers, die Versicherungsprämie für Gebäude zu zahlen? Seuffert's Arch. XV. 106.

[2] L. 1. pr. D. h. t. 7. 9. Aequissimum praetori visum est, de utroque legatarium cavere, et usurum se boni viri arbitratu, et quum ususfructus ad

[a] L. 9. pr. D. h. t. [b] L. 12. §. 1. L. 15. §. 3. 4. D. h. t. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. [c] L. 7. §. 2. D. h. t. L. 7. Cod. h. t. [d] L. 15. §. 2. D. eod. [e] L. 68. §. 2. . L. 70. eod. §. 38. J. de rer. div. 2. 1. cf. L. 62. §. 1. D. h. t. [f] §. 38. J. cit. L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. D. h. t. [g] L. 7. §. 2. in f. L. 27. §. 3. L. 52. D. eod. L. 28. D. de usu leg. 33. 2. [h] L. 7. §. 2. L. 65. §. 1. L. 59. pr. D. h. t. [i] L. 1. §. 7. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 15. §. 7. D. h. t. 7. 1. [k] L. 1. §. 6. D. 7. 9. [l] Dig. usufructuarius quemadmodum caveat. 7. 9. [m] L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. l. c. L. 13. pr. D. h. t. 7. 1. cf. Pauli sentt. I. 11. §. 2. III. 6. §. 27. [n] L. 7. pr. cit. L. 13. pr. cit. [o] L. 46. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 9. §. 2. D. l. c. 7. 9. — L. 8. §. 4 d. (§. 4. i. f.) Cod. de bon. quae lib. 6. 61. — L. 2. Cod. ne fideiuss. dot. 5. 20. — L. 6. §. 4 seqq. (§. 1.) Cod. de sec. nupt. 5. 9. vgl. §. 93. A. 3. [q] L. 64. 65. pr. D. h. t. 7. 1.

eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit. — §. 6. Habet autem stipulatio ista duas causas, unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur, aliam de usufructu restituendo; quarum prior statim committetur, quum aliter fuerit usus, et saepius committetur; sequens committetur finito usufructu.

[3] L. 7. Cod. 6. 54. (Imp. Alexander a. p. Chr. 226.) Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, Divum Marcum et Divum Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse. Den Grund dieser sonst unbegreiflichen Beschränkung hat man in der Beziehung zu Vorschriften der lex Julia et Papia Poppaea, der lex Julia vicesimaria und der lex Falcidia gefunden. Hugo R. Rtsgesch. 11. Aufl. S. 921. Sintenis §. 59. A. 39. Im Justinianischen Rechte hat sie keinen Sinn mehr, nachdem die beiden ersten Gesetze abrogirt sind und durch Nov. 1. cap. 2. §. 2. i. f. auch gestattet ist, den Abzug der quarta Falcidia zu untersagen. Das Pflichttheilsrecht kann natürlich durch solche Verfügung nicht geschmälert oder gefährdet werden. So auch Böcking Inst. §. 165. a. E., während es Brinz 1. Aufl. S. 269. „zu gewagt" findet. [Ebenso Windscheid 4. und 5. Aufl. §. 204. A. 9. gegen die früheren Aufl.] Auch zwei neuere oberstrichterliche Erkenntnisse betrachten die L. 7. cit. noch als praktisch gültig. Seuffert's Arch. IV. 206. IX. 137. Bürkel Beitr. z. L. v. Nießbrauch S. 148 fg. findet L. 7. cit. begründet durch die Erwägung, daß es unvernünftig sei, Jemanden das Eigenthum einer Sache für immer zuwenden zu wollen, und ihm doch das Schutzmittel zu entziehen, wodurch er sich den ihm zugedachten Vermögensvortheil sichern könne. Aber warum denn soll demjenigen, dem es freisteht das Eigenthum einer Person ganz zu entziehen, nicht freistehen, ihr dasselbe zu hinterlassen, aber ohne Sicherstellung? vgl. fragm. Vat. §. 69.

[4] Von der Caution befreit sind nach not. p.: a) der Nutznießer, dem ex die certo auch die Proprietät zufällt, b) der Vater als Nutznießer der bona adventitia seiner Kinder, c) der Mann rücksichtlich des in dotem gegebenen Nießbrauchs, d) der coniux binubus rücksichtlich des ihm gesetzlich verbleibenden Nießbrauchs an den den Kindern erster Ehe zufallenden Immobilien, sodann nach der Natur der Sache e) der Schenker, der sich den Nießbrauch an der geschenkten Sache vorbehielt, und nach §. 93. gewissermaßen f) der Fiscus und Stadtgemeinden.

## §. 181.

### δ) Quasiususfructus.

Verbrauchbare Sachen können nicht Gegenstand des Nießbrauches als eines dinglichen Rechts an fremder Sache sein (§. 178). Durch Senatsbeschluß ist aber ausdrücklich erklärt worden, daß an allen Vermögensgegenständen der Nießbrauch vermacht werden könne[1]. Darnach ist nun in Ansehung verbrauchbarer Sachen ein dem wahren Nießbrauch analoges Rechtsverhältniß (quasi ususfructus) anerkannt, darin bestehend, daß solche Sachen in das Eigenthum desjenigen, der die Nutznießung haben soll, übertragen werden, mit der Verpflichtung, dereinst, wenn der Fall eintritt, welcher dem wahren Nießbrauch ein Ende machen

würde, dieselbe Quantität von Sachen derselben Gattung oder deren Geldeswerth demjenigen herauszugeben, welchem bei dem wahren Nießbrauch deren ursprünglicher Gegenstand selbst herauszugeben wäre[a]. Auf die eine oder die andere Verpflichtung ist denn hier auch die zu leistende Caution gerichtet[b]. Der Begriff des Quasiususfructus ist auch auf Forderungen angewendet worden[c], ususfructus nominum[2]; und so kann nun auch an einem ganzen Vermögen der Nießbrauch gegeben werden[d], welcher dann in Ansehung der dazu geeigneten Vermögensgegenstände als wahrer, in Ansehung der übrigen als Quasiususfructus zu betrachten ist. Aber es kann nun auch in Beziehung auf Sachen, die an sich des wahren Nießbrauchs nicht schlechthin unfähig, jedoch der Gefahr wesentlich entwerthender Abnutzung unterworfen sind, z. B. Kleider[3], ein Quasiususfructus bestellt werden[e].

Anm. [1] L. 1. D. h. t. Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo Scto. inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari. — L. 2. §. 1. eod. Quo Scto. non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi. — §. 2. in f. J. h. t. Ergo senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, nec enim poterat, sed per cautionem quasi usumfructum constituit. Vgl. Ph. Held die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 1848. H. Bürkel Beitr. z. L. v. Nießbrauch. 1864. Abh. Nr. 1. „über den uneigentlichen Nießbrauch". [Hanausek d. L. v. uneigentlichen Nießbrauch nach gem. R. 1879. (Drbr. Strohal in d. Wiener Zeitschr. VII. S. 403 fg. Hartmann krit. Vjschr. XXII. S. 518 fg.) Vgl. auch Birkmeyer Vermögen S. 74 fg. Kohler dogm. Jahrb. XVIII. S. 407 fg.]

[2] Ueber die hierbei möglichen Modificationen: Mühlenbruch §. 285. A. 2. 3. Puchta Vorles. §. 182. a. E. Hoffmann I. §. 51. Held §. 12. Steinberger in Linde's Ztschr. n. F. XI. 5. Dunker im prakt. Arch. VI. 6. [Hanausek a. a. O. S. 89 fg. Stammler d. Nießbrauch an Forderungen. Ein Beitr. z. L. v. den Rechten an Rechten. 1880. Mansbach d. Nießbrauch an Forderungen. 1880. und über beide Hartmann a. a. O. und Strohal in d. Wiener Ztschr. IX. S. 77 fg.]

[3] L. 15. §. 4. D. 7. 1. Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus non ita uteretur. Vgl. §. 2. J. l. c. quae ipso usu consumuntur . . . quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata: namque in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. — Ueber die verschiedenen Meinungen: Held §. 10. Elvers S. 191. 593 fg. Bürkel S. 75 fg. Vgl.

[a] Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. 7. 5. §. 2. J. de usufructu. 2. 4. [b] §. 2. J. cit. L. 2. 4. 6. 7. 9..11. D. l. c. L. 1. Cod. h. t. 3. 33. cf. L. 5. §. 1. D. eod. — L. 6. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. [c] L. 3. 4. D. h. t. 7. 5. [d] L. 3. D. l. c. [e] §. 2. cit. L. 15. §. 4. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. rubr. tit. D. cit. (not. a.) verb. „*vel minuuntur*".

Arndts in Haimerl's Vjschr. V. 4. (civ. Schr. I. 19.) [Jhering in d. dogm. Jahrb. XV. S. 401 fg. will die Schwierigkeit dadurch heben, daß er in der Institutionenstelle anstatt vestimenta zu lesen vorschlägt: esculenta. Vgl. jetzt noch Hanausek S. 16 fg., der (arg. L. 23. §. 1. D. de auro. 34. 2.) in der Institutionenstelle durch vestimenta Tuch- und Leinenvorräthe bezeichnet wissen, eventuell, wenn der Widerspruch als unlöslich anzusehen wäre, der Pandektenstelle den Vorzug geben will.]

## §. 182.

### b) Das Gebrauchsrecht. Usus.

Usus[a] ist seiner wörtlichen Bedeutung nach das ius utendi ohne das ius fruendi[b], das Recht, die Sache ihrer Natur und Bestimmung gemäß für seine Zwecke zu gebrauchen[c], ohne das Recht aus derselben sonst noch andere Vortheile zu ziehen, und sie überhaupt als eine Erwerbquelle für sich zu benutzen[1], daher auch regelmäßig ohne das Recht, sich die Erzeugnisse derselben anzueignen oder aus derselben durch Ueberlassung des Gebrauchs an Andere einen Gewinn zu erzielen[d], sowie auch unentgeltlich der Gebrauch nicht ganz und gar einem Andern überlassen werden kann[e]. Jedoch wird nach Umständen, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Sache und nach der muthmaßlichen Willensmeinung des Verleihers, dem Recht des Usus eine weitere Ausdehnung gegeben[2], und so insbesondere dem Usuar auch ein beschränkter Bezug von Früchten der Sache zum unmittelbaren Verbrauch nach Maßgabe seines Bedürfnisses beigelegt[f]; ja es wird sogar wohl geradezu das unter dem Namen des Usus verliehene Recht als Ususfructus behandelt[g]. Der Usus in seiner besondern Bedeutung ist ein untheilbares Recht[h][2a]. Uebrigens gelten von demselben gleiche Grundsätze, wie vom Ususfructus, soweit diese nicht durch die Verschiedenheit des Inhalts eine Modification erleiden[i]. Was das heutige Recht betrifft, so ist eine persönliche Servitut dieser Art zwar nicht als schlechthin unpraktisch oder praktisch unmöglich zu bezeichnen[3]; aber es läßt sich nicht behaupten, daß im heutigen Rechtsleben mit einem bestimmten Ausdrucke der römische Begriff des Usus verbunden sei; und es kommt daher in jedem Falle auf die Auslegung der besondern Willenserklärung an, ob ein dem römischen Usus gleiches oder in welcher Art sonst beschränktes Nutzungsrecht anzunehmen sei[4].

Anm. [1] L. 1. §. 1. D. h. t. Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu. L. 2. pr. eod. Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. — Im

[a] Inst. de usu et habitatione. 2. 5. Dig. 7. 8. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. [c] L. 2..7. L. 10. §. 4..L. 12. pr. §. 3. L. 22. §. 1. D. h. t. [d] L. 8. pr. L. 11. D. h. t. [e] L. 4. pr. L. 8. pr. D. h. t. [f] L. 12. §. 1. 2. L. 15. pr. D. h. t. cf. L. 4. pr. eod. [g] L. 22. pr. eod. cf. L. 5. §. 2. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. [h] L. 19. D. h. t. [i] L. 18. 22. §. 2. L. 23. D. h. t. L. 13. §. 2. in f. D. de usufr. 7. 1. L. 5. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9.

R. R. tritt der Unterschied zwischen dem Usus und Ususfructus besonders charakteristisch hervor beim Erwerbe durch Sklaven: §. 4. J. per quas pers. 2. 9. De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habetis, ita placuit, ut quidquid ex re vestra vel ex operis suis acquirant, id vobis adiciatur. — L. 14. pr. D. h. t. Per servum usuarium si stipuler vel per traditionem accipiam, an acquiram, quaeritur, si ex re mea vel ex operis eius. Et si quidem ex operis eius, non valebit, quoniam nec locare operas eius possumus; sed si ex re mea, dicimus, servum usuarium stipulantem vel per traditionem accipientem mihi acquirere, quum hac opera eius utar. Cf. L. 12. §. 5. 6. L. 16. §. 2. D. eod. L. 21..26. D. de usufr. 7. 1. [Vgl. auch Bekker Rt. d. Bes. S. 211 fg.]

[2] L. 12. §. 1. D. h. t. Praeter habitationem, quam habet, cui usus relictus est, deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius, et lignis ad usum quotidianum et horto et pomis et oleribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem Nerva; et adiicit, stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumturum, et ex his, quae Nerva negavit. Hiernach stellte die frühere Theorie den Usus dar als das Recht der Nutzung einer fremden Sache mit Beschränkung auf das Bedürfniß oder „die Nothdurft" des Berechtigten. Diese Theorie wurde mit Erfolg angefochten von Thibaut Versuche I. 3., welcher darlegte, daß der Usus wesentlich nur das Recht des Gebrauches ohne Fruchtgenuß sei, und zwar dieses ohne Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß, daß er aber in Ansehung fruchttragender Sachen zu einem Recht des Fruchtbezugs mit jener Beschränkung erweitert worden sei. Dagegen faßte Puchta §. 179. 180. Inst. II. §. 255. den Usus gerade wesentlich als Benutzungsrecht für das Bedürfniß der berechtigten Person auf, analog den Prädialservituten, und erkannte darin die älteste und allein normale Personalservitut, während der Ususfructus eine über das eigentliche Wesen der Servitut hinausgehende anomale Erweiterung sei. Diese letzte Ansicht hat wenig Beifall gefunden. Vgl. dagegen Scheurl in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XV. 2. Elvers S. 18. 448 fg. Böcking Inst. §. 163. not. 18..20. vgl. §. 167. Doch versuchen auch diese Schriftsteller den Begriff des Usus als eines Nutzungsrechts der Person „zur Befriedigung ihrer individuellen Bedürfnisse" so zu bestimmen, daß darin schon an sich ein (beschränkter) Fruchtgenuß mitbegriffen ist. Dagegen aber vgl. wieder Brinz 1. Aufl. S. 270 fg. Einen neuen Versuch machte Bechmann über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach R. R. 1861., wornach der Usus zwar den Erwerb des Eigenthums an den Früchten, nicht aber auch den Verbrauch derselben ausschließen soll, gebilligt von Scheurl krit Vjschr. III. S. 298..309. Dagegen Windscheid §. 207. A. 6., nach dessen mit dem Text übereinstimmenden Ansicht „alle diese Begriffsbestimmungen zur Erklärung der Quellenentscheidungen nicht ausreichen." Vgl. Schletter's Jahrb. VII. S. 101 fg. Brinz 2. Aufl. §. 195. [Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 366 fg.]

[[2a] Vgl. aber auch Rümelin die Theilung der Rechte S. 122 fg.]

[3] Heimbach im Rtslex. XI. S. 970 bemerkt, daß ihm während langjähriger Praxis in einem vielbeschäftigten höchsten Gerichtshof nicht ein einziger Fall des Usus vorgekommen sei, und auch Seuffert's Archiv hat keinen solchen Fall registrirt. [Vgl. jetzt das. XXXII. 23: „Recht auf freien Einsitz."]

[4] Puchta §. 180. not. a. bemerkt: „Man hat die heutige Anwendbarkeit der ser-

vitus usus bestritten, weil wir kein dem römischen vollkommen entsprechendes Wort hätten. Savigny Beruf unserer Zeit S. 100 fg. Diesem steht schon das Beispiel entgegen, das uns die römischen Juristen durch die Anwendung bei dem Gebrauch der griechischen Sprache geben. L. 10. §. 1. D. de usu. (7. 8.): Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum. Et Papinianus ... ait, usum esse, non etiam fructum relictum. Noch mehr aber der Umstand, daß eben gerade der usus die reine Personalservitut ist." Aber vgl. dagegen Arndts in den krit. Jahrb. XI. S. 828 (civ. Schr. III. S. 375) fg., jedoch wieder Windscheid a. a. O. A. 6. a. E. — Nach dem österr. bürg. Gstzb. §. 504. besteht „die Servitut des Gebrauches darin, daß Jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, blos zu seinem Bedürfnisse [vgl. hiezu §. 505. 506.] zu benützen"; nach dem sächs. Gstzb. §. 637. ist „das Recht des Gebrauches einer Sache auf das eigene Bedürfniß des Berechtigten beschränkt", jedoch bei fruchttragender Sache mit der Befugniß, „natürliche Früchte zu ziehen, so weit der Berechtigte sie zu seinem Hausbedarfe verwendet." Vgl. auch Code Nap. art. 625 sq. Das Preuß. Landrt. dagegen unterscheidet nur „das vollständige Nutzungsrecht", d. i. „Nießbrauch", und „ein eingeschränktes Nutzungsrecht", I. 21. §. 22. 227. 228. (Förster III. §. 186.) Das Zürcher Gstzb. §. 726 fg. erwähnt nur „Nießbrauch" und „Wohnrecht."

[5] Im R. R. werden noch als besondere Personalservituten *habitatio* und *operae* genannt, bei welchen wohl entgeltliche, aber (wenigstens bei der habitatio) nicht unentgeltliche Uebertragung der Ausübung gestattet wird und außerdem rücksichtlich der Endigung etwas Besonderes gilt. §. 5. J. h. t. 2. 5. L. 10. pr. §. 3. D. h. t. 7. 8. L. 13. Cod. h. t. 3. 33. — Dig. de operis servorum. 7. 7. cf. L. 5. §. 3. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. — „Diese Servituten hängen ... mit dem Gegensatz der juristischen Ausdrücke und der blos factischen in der römischen Sprache zusammen, und sind darum heutzutage unanwendbar". Puchta §. 179 a. E. Vgl. übrigens Thibaut civ. Abh. Nr. II. und Savigny Syst. II. S. 110..113. Windscheid §. 208. [Wächter §. 157. Beil. II.] Ihering in d. dogm. Jahrb. XII. S. 342 fg. bessert in L. 10. pr. cit. *locare* für *donare*. [Dagegen Huschke im civ. Arch. LXIII. 16. S. 462 fg.] — Die „Dienstbarkeit der Wohnung" im österr. Gstzb. §. 521. 522. und im sächs. Gstzb. §. 638. 639. so wie das Recht der Herberge das. §. 641., und das „droit d'habitation" im Code Nap. art. 632..634. stimmen nicht mit der römischen habitatio überein. Eben so wenig das „Wohnrecht" des Zürcher Gstzb. §. 750..754.

## 2) Grunddienstbarkeiten[a].

### §. 183.

#### a) Allgemeine Grundsätze.

Die Grunddienstbarkeiten sind dingliche, das Eigenthum eines Grundstücks beschränkende, mit dem Eigenthum eines andern Grundstücks zu dessen Vortheil dergestalt verbundene Rechte, daß sie jedem Eigenthümer des letzten als solchem zustehen, wie sie andrerseits gegen jeden Besitzer des ersten wirksam sind[b], während sie nicht für sich, getrennt von dem

[a] Inst. de servitutibus. 2. 3. Dig. de servitutibus. 8. 1. de servitutibus praediorum urbanorum. 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3. communia praediorum tam urbanorum quam rusticorum. 8. 4. Cod. de servitutibus et de aqua. 3. 34. [b] L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4.

Grundstück, Andern eingeräumt werden können[c]. Sie enthalten also eine Erweiterung der Eigenthumssphäre des einen Grundstücks auf Kosten der Eigenthumssphäre des andern[d]; das eine erscheint gewissermaßen als das berechtigte Subject, sog. praedium *dominans*, cui servitus debetur[e], welchem das andere rechtlich unterthan ist, praedium *serviens* oder servum[f], und das Recht einerseits wie die Beschränkung andrerseits wird daher auch als eine besondere juristische Eigenschaft der Sache oder des Eigenthums an derselben[g] aufgefaßt[1]. Eine eigentliche Grunddienstbarkeit kann denn auch nur zwischen solchen Grundstücken, welche des Privateigenthums fähig sind[2], bestehen[h], und nur ähnliche Rechte sind es, die auch in Beziehung auf andere Grundstücke anerkannt werden[i].

Es wird aber 1) zum Dasein einer Grunddienstbarkeit erfordert, daß sie eben für das berechtigte Grundstück vortheilhaft (praedio *utilis*) sei, d. h. den Nutzwerth des Grundeigenthums erhöhe, also der Regel nach für jeden Besitzer desselben als solchen, in Rücksicht auf die Benutzung eben dieses Grundstücks, von Werth sein könne, sei es auch nur wegen Erhöhung der Annehmlichkeit[k]. Daher 2) müssen die Grundstücke benachbarte sein, praedia *vicina*, d. h. in solchem örtlichen Verhältniß zu einander stehen, daß die fragliche Beschränkung des einen wirklich für das andere Vortheil gewähren könne[l]. Auch erstrecken sich 3) die Befugnisse der Berechtigten vermöge der Grunddienstbarkeit nicht weiter, als dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entspricht, also zu dessen Benutzung diensam ist[2a], daher die Ausübung nicht zum Vortheil dritter Personen stattfindet[m]. 4) Die Berechtigung kann rücksichtlich der Zeit oder des Ortes oder sonst der Art und Weise der Ausübung näher bestimmt und beschränkt sein[n], soll aber auch ohnedies mit schonender Rücksicht für den Eigenthümer der dienenden Sache (*civiliter*) ausgeübt werden[o]. 5) Dieser kann denn die Befugniß, welche den Inhalt der Dienstbarkeit ausmacht, auch seinerseits ausüben, daher auch mehreren nach einander ein Recht gleicher Art einräumen[p], soweit die

[c] L. 44. D. locati. 19. 2. [d] L. 5. §. 9. D. de op. n. n. 39. 1. [e] L. 4. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. L. 6. §. 1. L. 12. 13. D. quemadm. serv. am. 8. 6. cf. L. 8. 20. D. eod. L. 17. §. 3. D. de s. p. u. 8. 2. u. a. [f] L. 20. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 8. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 20. §. 1. cit. L. 86. D. de V. S. cf. L. 23. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. [h] L. 1. §. 1. L. 4. L. 13. pr. D. comm. praed. 8. 4. [i] L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 13. pr. cit. cf. L. 2. D. eod. [k] L. 8. pr. L. 15. pr. cf. L. 19. D. de serv. 8. 1. L. 3. pr. D. de aqua. 43. 20. [l] L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. L. 38. 39. D. de s. p. u. 8. 2. L. 5. §. 1. L. 7. §. 1. L. 38. D. de s. p. r. 8. 3. L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. L. 5. 6. pr. D. si serv. vind. 8. 5. [m] L. 3..6. 24. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 33. §. 1. D. eod. [n] L. 4. §. 1. L. 5. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 7. 11. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [o] L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 13. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. [p] L. 15. D. comm. praed. 8. 4. L. 2. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3.

Natur der Sache es zuläßt und nicht das bereits bestehende Recht dadurch beeinträchtigt wird, muß aber jeder dieses hindernden oder schmälernden Verfügung in Betreff der Sache sich enthalten[q], und dem Berechtigten alles gestatten, was zur Ausübung der Servitut erforderlich ist[r]. 6) Das dienende Grundstück soll den Vortheil für das herrschende durch seine dauernde Beschaffenheit, nicht bloß zufällig und vorübergehend, gewähren; servitus *perpetuam causam* habere debet[s]. 7) Die Grunddienstbarkeiten sind an sich untheilbare Rechte[t]; sie haften auch einerseits auf dem ganzen dienenden Grundstück und sind andrerseits mit dem ganzen berechtigten Grundstück gleich einer Eigenschaft der Sache verbunden, können daher nicht bloß für einen intellectuellen Theil des einen oder andern Grundstücks erworben oder verloren werden[u], und bestehen nach reeller Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks für alle Theile fort, sofern sie nicht in ihrer Wirkung bloß auf eine bestimmte Oertlichkeit des einen oder andern sich beschränken[v]. Aus diesem Grunde kann auch ein Miteigenthümer keine Servitut an dem gemeinschaftlichen Grundstück für ein ihm allein gehörendes erwerben oder an dem letzten für jenes bestellen[w], während die bestehende Servitut nicht dadurch erlischt, daß ein Miteigenthümer des einen Grundstücks Alleineigenthümer des andern wird, oder umgekehrt[x].

Anm. [1] Gegen die nur noch von Böcking vertheidigte Ansicht, daß das Grundstück als juristische Person das eigentliche Subject der Servitut sei, vgl. oben §. 41. A. 5. Entsprechender ist es, mit Brinz 1. Aufl. §. 69. die Prädialservituten nicht als „Rechte der Grundstücke, sondern als Rechte des Grundeigenthums“ zu denken, das „ius praedii“ als ein „Recht des Grundeigenthums“, den fundus servus und liber als belastetes und freies Grundeigen zu übersetzen. Vgl. oben §. 126. A. 1a. Brinz 2. Aufl. §. 186. A. 1..3. §. 187 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 209 fg.

[2] Vgl. Böcking Inst. §. 162. not. 34..40. Ob und wiefern eine Servitut auch ohne Beziehung auf Eigenthum, also auch (für ein herrenloses und] an herrenlosem Grundstück entstehen und fortbestehen könne? (Elvers §. 4. 69.) vgl. Böcking Inst. §. 159. A. 7. §. 160. A. 18. 19. §. 161. A. 12. Brinz 1. Aufl. S. 254. 2. Aufl. §. 186. A. 4..6. Windscheid 4. Aufl. §. 215. A. 3. [Dereliction durch einen Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes: Steinlechner iur. comm. II. S. 280 fg.]

[2a Und zwar bleibt der Regel nach maßgebend jener Umfang des Bedürfnisses, wie er zur Zeit der Bestellung der Dienstbarkeit bestand. Möglich aber ist die Be-

[q] L. 13. §. 1. D. l. c. [r] L. 10. D. de serv. 8. 1. L. 12. D. comm. praed. 8. 4. [s] L. 28. D. de s. p. u. 8. 2. L. 23. §. 1. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. §. 5. D. de aqua. 43. 20. L. 1. §. 4. D. de fonte. 43. 22. cf. L. 9. D. de s. p. r. 8. 3. [t] L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc. 35. 2, fragm. Pompon. im Corp. iur. anteiust. I. nach p. 168. [u] L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. [v] L. 6. §. 1..1 d. (§. 1.) D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 23. §. 3. D. de s. p. r. 8. 3. cf. L. 21. 22. D. eod. L. 9. D. de serv. 8. 1. [w] L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4. [x] L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. L. 30. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 140. §. 2. D. de V. O.

stellung einer Servitut auch in dem Sinne, daß sie dem jederzeitigen, also eventuell auch einem gesteigerten Bedürfniß dienen soll — „elastische Servitut." Ihering Rechtsgutachten in Sachen der Stadt Bern gegen die Schweizerische Centralbahn zu Basel betreffend Schießplatz Wylerfeld in d. Vermischten Schrift. Nr. 6. S. 369 fg.]

[8] Ueber das Wesen der Grunddienstbarkeiten überhaupt vgl. Zachariä wissenschaftliche Entw. der Lehre des R. Rts. von den dinglichen Servituten, in Hugo's civ. Mag. II. 15. Schrader civ. Abh. II. Abth. S. 265 fg., „wie kam man auf die vielen auffallenden Sätze bei den dinglichen Dienstbarkeiten?" Keller §. 163. 164. Vangerow §. 340. Elvers a. a. O. und zwar zu 1) S. 138 fg., zu 2) S. 166 fg., zu 3) S. 220 fg., zu 4) und 5) S. 41 fg., zu 6) S. 151 fg., und zu 7) S. 102 fg., zudem noch zu not. h. i. S. 128 fg. 267 fg., mit Böcking Inst. §. 159..162. 169.; insbesondere zu Nr. 4. Seuffert's Arch. XV. 103. 104. II. 140. VI. 7. 13.; zu Nr. 6. und zwar gegen deren heutige Anwendbarkeit Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 261 bis 264. A. 28., gegen diesen aber Windscheid §. 209. A. 7. 8. und Vangerow S. 711. vgl. Seuffert's Arch. VIII. 17.; zu Nr. 7. Heinzelmann die Untheilbarkeit der Servituten, (1852 [Titelblatt ohne Jahreszahl]) (dagegen Kuntze in der Heidelberger krit. Ztschr. I. S. 546 fg.), [Steinlechner Wesen der Juris Communio. I. §. 15..17. II. §. 86 fg. Wächter §. 151. Rümelin Theilung d. Rechte S. 132 fg.], vgl. die Lit. in §. 204. A. 1.

## §. 184.

### b) Arten der Grunddienstbarkeiten.

Die Grunddienstbarkeiten sind 1) entweder affirmative oder negative Servituten[1], je nachdem sie dem Berechtigten eine positive Befugniß oder bloß ein Untersagungsrecht gewähren, den Eigenthümer des dienenden Grundstücks also entweder etwas zu dulden oder etwas zu unterlassen nöthigen, was er als unbeschränkter Eigenthümer zu verhindern, beziehungsweise zu thun berechtigt wäre[a]; 2) entweder ständige oder unständige Dienstbarkeiten, servitutes continuae oder discontinuae[2], je nachdem entweder dieselben wesentlich in dem Recht der Behauptung eines gewissen ununterbrochen dauernden Zustandes bestehen, wie bei negativen und bei solchen affirmativen Servituten der Fall ist, die durch eine gewisse bleibende Vorrichtung ausgeübt werden, oder vielmehr zur Ausübung des Rechts ein Handeln von Seiten des Berechtigten gehört[b]; 3) entweder servitutes praediorum urbanorum, s. urbanae, Gebäudedienstbarkeiten, oder servitutes praediorum rusticorum, s. rusticae, Felddienstbarkeiten, je nachdem dieselben für ein Gebäude[c], praedium urbanum, es sei in der Stadt oder auf dem Lande[d], bestehen, oder den Zwecken eines freiliegenden, also vorzüglich eines zu landwirthschaftlicher Benützung geeigneten Grundstücks, prae-

[a] L. 15. §. 1. D. de serv. 8. 1. (§. 176. A. a.). [b] Vgl. L. 14. pr. D. l. c. [c] pr. §. 1..3. J. h. t. 2. 3. [d] L. 1. D. comm. praed. 8. 4. §. 1. J. h. t. L. 198. D. de V. S.

dium rusticum[e], zu dienen bestimmt sind[3]. Diese Eintheilung wird im römischen Recht dem Anschein nach als die wichtigste hervorgehoben, und werden von beiden Arten in besondern Titeln[f] viele einzelne Beispiele erwähnt; es ist aber weder deren Angabe als erschöpfend, noch sind alle einzelnen Bestimmungen darüber als praktische Rechtsätze anzusehen, indem vielmehr nach Bedürfniß neue Grunddienstbarkeiten sich ergeben können, und für die Bestimmung des Inhalts einzelner Grunddienstbarkeiten die heutige Sprache, Vorstellung und Gewohnheit entscheidend sind. Nur unter diesem Vorbehalt werden die einzelnen Fälle in den folgenden §§. näher angegeben.

Anm. 1 Die Quellen bezeichnen diesen Unterschied vom Standpunkt des dienenden Grundstücks durch den Gegensatz: „ut aliquid patiatur aut non faciat" sc. dominus fundi servientis. §. 176. A. a. Vom Standpunkt des Berechtigten heißt die negative Servitut gelegentlich ius *prohibendi*, die affirmative ius *faciendi*. Neuere unterscheiden: servitutes prohibendi, habendi und faciendi. Stever de servitut. praed. 1817. (1820.) Vangerow §. 339. S. 701 fg.

2 Vgl. Code Nap. art. 688. Les servitudes continues sont celles, dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme; tels sont les conduites d'eau (vgl. Vangerow S. 704.), les égouts, les vues etc. — Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisages etc. — Eine andere Eintheilung im Code Nap. art. 689.: Les servitudes apparentes (offene oder augenfällige Dienstbarkeiten) sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes (verborgene Dienstbarkeiten) sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. In der That findet sich auch diese Verschiedenheit schon im R. R., so zwar, daß auch unständige Servituten doch apparentes sind (§. 186. A. a. $\gamma$. und c. $\alpha$.). Schmidt in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. S. 81. [Wächter II. S. 218 fg.]

3 Ueber das eigentliche Unterscheidungsmerkmal der servitutes rusticae und urbanae, das in den Quellen nicht genau bezeichnet ist, insbesondere darüber, ob es auf den Charakter des herrschenden oder dienenden Grundstücks ankomme, waren die Meinungen immer sehr verschieden. Vgl. Glück IX. S. 21 fg. In der neueren Zeit war die im Text angegebene die herrschende. Mühlenbruch §. 276. A. 2. 8. Puchta §. 183. not. f. Böcking Inst. §. 161. A. 12..28. und Anh. I. Brinz §. 70. (2. Aufl. §. 189). Unterholzner Verjährungslehre II. §. 191., jedoch mit Abweichungen in Bestimmung des Begriffs des praedium urbanum und rusticum. Dagegen stellte von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 6 fg. eine andere Unterscheidung auf, wonach s. p. u. diejenigen sein sollen, welche zu ihrer Existenz wenigstens ein Gebäude, gleichviel ob als herrschend oder als dienend, erfordern, s. p. r. aber diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken bestehen können; während Stever und Vangerow

e L. 198. cf. L. 211. D. de V. S. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3. f Dig. de servitutibus praediorum urbanorum 8. 2. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3.

a. a. O. (A. 1.) die s. p. u. mit den von ihnen sogenannten servitutes habendi und prohibendi,) die s. p. r. mit den sog. servitutes faciendi für identisch halten. Vgl. dagegen Mühlenbruch und Puchta a. a. O. und des letzten Vorles. 4. Aufl. I. S. 393 fg. Böcking §. 161. A. 30..32.; vermittelnd Hoffmann II. §. 74. Sintenis §. 61. A. 14. 15. Windscheid aber §. 210. macht nur den Unterschied in der Bezeichnung „je nachdem der Inhalt einer Dienstbarkeit regelmäßig bei Feldgrundstücken sich findet, oder regelmäßig bei Gebäudegrundstücken". — Gewiß ist, daß manche Servituten solcher Art, welche vorzugsweise als iura praediorum rusticorum vorkommen, auch iura praediorum urbanorum sein können: L. 20. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 1. D. de itinere. 43. 19. L. 1. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20., und umgekehrt: L. 2. pr. D. de s. p. u. 8. 3. Rusticorum (etiam) praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere (Mühlenbruch §. 276. not. 8.), sowie auch, daß einem praedium urbanum an einem praedium rusticum, und umgekehrt, eine Servitut zustehen könne: L. 17. pr. L. 20. §. 6. D. de s. p. u. 8. 2. L. 1. §. 8. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 7. §. 1. L. 14. D. comm. praed. 8. 4. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. Vgl. Schletter's Jahrb. XII. S. 11 fg. Uebrigens vgl. noch pr. J. h. t. Rusticorum praediorum *iura* sunt haec: iter, actus etc.... §. 1. Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent; ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sunt. L. 3. D. de serv. 8. 1. Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. — Eine materielle Bedeutung der Unterscheidung bestreiten Zachariä von Lingenthal, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. 1844. Elvers a. a. O. §. 37..41.; eben so Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. 4., welcher den Begriff zwar nach der vorwiegenden Eigenschaft des herrschenden Grundstücks bestimmt, aber behauptet, daß die römischen Juristen häufig mit jener Eintheilung a potiori die in L. 3. cit. bezeichnete verwechselt haben; desgleichen Cohnfeldt a. a. O. S. 81., welcher das Eigenthümliche der einen und andern Art nur den gewöhnlich als Felddienstbarkeiten, beziehungsweise den gewöhnlich als Gebäudedienstbarkeiten vorkommenden Servituten beilegt. Vgl. [Hölder im civ. Arch. LXIII. S. 114 fg. Wächter II. S. 242 fg. 244 fg. und] unten §. 185. A. 6. §. 194. A. 3. §. 367. A. 3.

## §. 185.

### c) Einzelne Gebäudedienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten, welche namentlich als servitutes praediorum urbanorum in den Quellen vorkommen[1], sind theils affirmative, theils negative. Die ersten enthalten regelmäßig das Recht einer gewissen Vorrichtung des herrschenden Grundstücks, die sich entweder unmittelbar auf das dienende Grundstück erstreckt, oder wenigstens in ihren Wirkungen Einfluß auf dasselbe ausübt. Ihrem Inhalt nach gewähren sie z. B. die Befugniß, ein Bauwerk auf dem dienenden Grundstück als Stütze für das herrschende Gebäude zu benützen[2], oder dieses in den Raum über jenem vorspringen zu lassen[3], oder von dem herrschenden

Grundstück aus etwas auf oder über das dienende hinweg zu schaffen[4]. Die **negativen** dienen dazu, dem herrschenden Grundstücke einen Vortheil zu sichern, der ihm durch Aenderungen in dem Zustande des dienenden entzogen werden könnte[5 6].

Anm. [1] Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de s. p. u. 8. 2. Vangerow §. 342. Puchta §. 184. Sintenis §. 62. Seuffert §. 164. Böcking Inst. §. 171. Keller §. 169..172. Windscheid 4. Aufl. §. 211. a. Brinz 2. Aufl. §. 190. [Schirmer in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XII. S. 161 fg.]

[2] Dahin gehört a) servitus *tigni immittendi*: L. 2. 6. D. h. t. L. 8. §. 1. 2. L. 14. pr. D. si serv. 8. 5. L. 242. §. 1. D. de V. S., b) servitus *oneris ferendi*. Bei dieser hat der Eigenthümer des dienenden Grundstücks das lasttragende Bauwerk [also seine eigene Sache! vgl. oben §. 181. A. C. und östr. b. G.B. §. 487.] in tragfähigem Stande zu erhalten, doch ohne Verpflichtung, auch während der Reparatur das lastende Gebäude zu stützen, und mit dem Recht, durch Dereliction der belasteten Sache jener Verbindlichkeit sich zu entledigen. L. 6. §. 2...7. L. 8. pr. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. L. 33. D. h. t. „Es ist dies keine Ausnahme von dem Grundsatz „servitus in faciendo consistere non potest" . . .; sondern der Eigenthümer stellt dem herrschenden Grundstück eine taugliche Mauer, also, wenn diese untauglich geworden ist, eine reparirte". Puchta bei not. c. vgl. Vangerow A. 2., dagegen Elvers S. 55 fg. und hinwieder Böcking Inst. §. 160. A. 15. „Die s. o. f. fordert ein Aufliegenlassen, ein Getragenwerden der Last von dem belasteten Grundstücke, also die Eigenschaften dieses als eines tragenden, stützenden; es liegt ihm nicht ein praestare, sondern ein pati . . . ob, aber ein solches pati, wozu dieses nur . . als idoneus paries fähig ist"; dagegen aber Schmidt in Bekker's Jahrb. III. S. 258. A. 23. Windscheid §. 211 a. A. 3. Brinz 2. Aufl. §. 188. A. 2. 3. [F. Hofmann in d. öst. Ger. Ztg. 1870. Nr. 40. Wächter II. S. 211 fg.]

[3] Servitus *proiiciendi*, Recht des Vorbaues, z. B. eines Erkers oder Balcons; servitus *protegendi*, Recht des Vordachs. L. 2. D. h. t. L. 22. §. 4. D. quod vi. 43. 24. L. 242. §. 1. D. de V. S.

[4] So die servitus *stillicidii* oder *fluminis* recipiendi (avertendi, immittendi), d. i. das Recht, das Regenwasser im Tropfenfall oder in einen Strom gesammelt auf das dienende Grundstück abfließen zu lassen. L. 2. 17. §. 3. L. 20. §. 2..5. L. 28. in f. D. h. t. Vgl. Weiske Behandlung einiger civilrtl. Ggstde. 1829. Abh. IV. „Erörtr. der Grundsätze vom Traufrecht". Sodann servitus *fumi immittendi*, desgl. *aquae immitt.*, *vaporum immitt.*, L. 8. §. 5..7. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 131. A. 3.), und servitus *cloacae immittendae*, das Recht, den Unrath auf oder durch das dienende Grundstück abzuleiten. L. 7. D. de serv. 8. 1. L. 1. pr. §. 4. D. de cloacis. 43. 23. cf. L. 17. §. 2. D. si serv. vind. 8. 5. Das hier erwähnte Recht, eine Düngerstätte (sterculinum) an des Nachbars Mauer zu halten, möchte wohl nicht passend servitus cloacae heißen, noch auch vorzugsweise als s. p. u. vorkommen.

[5] Servituten dieser Art sind die servitus *altius non tollendi*, das Recht, das Höherbauen überhaupt oder über ein gewisses Maß, auch wohl die Errichtung eines Gebäudes oder eine andere Erhöhung des Bodens, zu untersagen, als Sonne, Licht, Aussicht u. s. w. hindernd, L. 2. 4. 12. D. h. t.; sodann bestimmter den Zweck bezeichnend, servitus *ne luminibus* oder *ne prospectui officiatur*, das Recht, dem Nach-

barn Alles zu untersagen, wodurch den Fenstern das Licht verkümmert oder eine Aussicht verdeckt wird, z. B. auch Baumpflanzungen und selbst Aufstellung transportabler Gewächse, §. 2. J. de act. 4. 6. L. 3. 4. 12. 15..17. §. 2. L. 22. 23. D. h. t. Neben der servitus, ne luminibus officiatur, kommt noch eine servitus *luminum* vor. L. 4. D. h. t. Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cf. L. 40. eod. Eos, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse respondi. L. 8. Cod. h. t. 3. 34. In pariete ... tuo si fenestram ... fecisse convincatur etc. Ueber die vielerlei abweichenden Erklärungen vgl. Vangerow A. 1. Der ganze Streit könnte uns „praktisch nur dann interessiren, wenn Jemand auf die bizarre Idee käme, sich ohne weitere Beschreibung eine servitus luminum mit den römischen Worten bestellen zu lassen". Vangerow A. 1. g. E. — In Beziehung auf die servitus ne prospectui officiatur bemerkt Seuffert §. 164. A. 13. mit Recht, sie könne auch zum Vortheil eines leeren Grundstücks vorkommen, was denn freilich nach der von ihm angenommenen Begriffbestimmung von der Pfordten's (§. 184. A. 8.) eine Anomalie sei. Aber auch die servitus altius non tollendi läßt sich zum Vortheil eines leeren Grundstücks denken, und zwar auch gegen ein leeres Grundstück, so daß da, wo noch kein Gebäude ist, auch keins entstehen, noch sonst irgend eine Erhöhung, z. B. Aufwerfen eines Hügels, einer Terrasse u. dgl., stattfinden dürfe, und zwar könnte eine solche negative Servitut wohl auch aus landwirthschaftlichen Rücksichten für ein praedium rusticum eingeräumt sein.

6 In den Quellen werden auch einige servitutes p. u. genannt, die nur Befreiung von einer Beschränkung zu enthalten scheinen; serv. *altius tollendi* et *officiendi luminibus* vicini, *stillicidii non avertendi*. L. 2. D. de s. p. u. 8. 2. L. 2. D. de s. p. r. 8. 3. §. 1. J. de serv. 2. 3. und Theophil. ad h. l. Ueber die verschiedenartigen Erklärungsversuche vgl. Vangerow §. 342. A. 3. Puchta §. 184. a. E. Scheurl in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XII. S. 255 fg. Elvers §. 39. Böcking Inst. §. 171. A. 60..84. Keller §. 172. Die wahrscheinlichste Erklärung, wenigstens für die beiden ersterwähnten Servituten, ist immer noch die, daß Gewohnheitsrecht oder Bauordnungen den Eigenthümern gewisse Beschränkungen zu Gunsten der Nachbarn auflegten, die durch Einräumungen von Seiten der letzten beseitigt werden konnten: L. 11. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 12. §. 1..1 b. (1). 4..4 b. (4). L. 13. Cod. de aedific. priv. 8. 10.; und unzweifelhaft ist es, daß wo dergleichen Vorschriften, nicht etwa als absolut gebietende oder verbietende, bestehen, Servituten ähnlicher Art stattfinden können; arg. L. 2. §. 10. D. de aquae pluv. 39. 3. Seuffert §. 164. a. E. [C. Gerber System des d. Pr.R. §. 87. §. 147., bes. §. 147 a. E.] Jene Baugesetze brauchten auch keine allgemeinen für das ganze Reich zu sein; wenn sie nur für die Stadt Rom bestanden, so war dieß Anlaß genug, von solchen Servituten zu reden; und verfehlt ist die Bemerkung (Vangerow S. 732.), daß diese ja dann auch nichts anders als Aufhebung einer Servitut, einer servitus legalis nämlich, gewesen wären; denn die sog. gesetzliche Grunddienstbarkeit ist in der That keine Servitut (§. 181.). Damit stimmt auch Witte in Linde's Zeitschr. n. F. XIII. S. 402. überein, obwohl er S. 400. diese Anm. zu bekämpfen scheint. Windscheid §. 211 a. A. 11. [Wächter §. 158. Beil. II. M. Cohn im civ. Arch. LXIV. 8. S. 344 fg., der zur Unterstützung der hier vertretenen Ansicht auf die bisher wenig beachtete L. 1. Cod. de serv. et de aqua. 3. 34. verweist und bei dem sich auch eine eingehende Kritik der verschiedenen Meinungen findet.] Verwerflich ist jedenfalls die Ansicht Vangerow's,

nach welcher es eine Eigenthümlichkeit der s. p. u. in seinem Sinn, d. i. der sog. serv. habendi und prohibendi, sein soll, daß sie, und nur sie, vom Eigenthum vollständig abgetrennte Bestandtheile seien, die nun durch Errichtung einer neuen Servitut wieder gewonnen werden müßten.

## §. 186.

### d) Einzelne Felddienstbarkeiten.

Die servitutes praediorum rusticorum, welche in den Quellen als solche vorkommen, haben theils den Zweck, den Zugang zu dem berechtigten Grundstück zu gewähren oder zu erleichtern, theils sonst die Benutzung desselben zu befördern oder deren Ertrag zu vermehren, und zwar in den manchfaltigsten Beziehungen, welche bei der Bewirthschaftung des herrschenden Gutes, das auch ein ganzes Landgut oder ein Inbegriff verschiedener Grundstücke sein kann, in Betracht kommen können, jedoch immer mit Rücksicht auf das Bedürfniß dieses herrschenden Gutes nach seiner eigenthümlichen Beschaffenheit und darauf beruhenden Nutzbarkeit. Von Seiten des dienenden Grundstücks aber kann der Vortheil, welchen die Servitut bezweckt, theils schon durch den Grund und Boden selbst, theils auch durch dessen Erzeugnisse gewährt werden.

Anm. [1] Vgl. überhaupt mit dem tit. Dig. de servitutibus praediorum rusticorum. 8. 3. Puchta §. 185. Sintenis §. 63. Seuffert §. 165. Böcking Inst. §. 170. Keller §. 165..168. Windscheid §. 211. Brinz 2. Aufl. §. 190.

[2] Einzelne namhafte Servituten dieser Art sind:

a) Weggerechtigkeiten, und zwar (abgesehen von einem sogenannten Wasserweg, navigandi servitus, L. 23. §. 1. D. h. t., also zu Lande) in dreifacher Gestalt: *α) Iter*, i. e. ius eundi ambulandi hominis, in der Regel auch das Recht, zu reiten und sich in einer Sänfte tragen zu lassen, enthaltend. *β) Actus*, i. e. ius agendi vel iumentum vel vehiculum, also in der Regel das Recht, über das dienende Grundstück Vieh zu treiben und zu fahren, damit zugleich aber auch das ius itineris enthaltend. *γ) Via*, i. e. ius eundi agendi, et iter et actum in se continens, wesentlich das Recht des Fahrens enthaltend, in der Regel auch das Recht, Balken und Steine zu schleifen und hastam rectam ferendi (weshalb also ein gewisser Raum in der Höhe freizulassen ist), wobei ein hergerichteter Weg, eine eigentliche Fahrstraße, vorausgesetzt wird, deren Breite der Regel nach auf 8 römische Fuß gerade aus, auf das Doppelte, wo der Weg sich bricht (in anfractum), angenommen wird. pr. J. h. t. 2. 3. L. 1. pr. L. 7. pr. L. 8. L. 12..14. L. 23. pr. D. h. t. L. 4. §. 1. L. 9. 13. D. de serv. 8. 1. Puchta über die Wegservituten des Römischen Rechts, in dessen civ. Abh. Nr. III. (kl. Schr. Nr. IV.). Im heutigen Rechtsleben entsprechen jener Stufenfolge ungefähr die Ausdrücke: Fußsteig-, Viehtrift- und Fahrweg-Gerechtigkeit, jedoch streitig, in welchem Umfang und wiefern unter Anwendbarkeit der nähern Bestimmungen des römischen Rts.? Sommer im civ. Arch. III. 20., Gensler daselbst IV. 20., Seuffert Erört. II. im Vorwort und S. 56 fg., Vangerow §. 341., Puchta §. 185. not. f., Sintenis §. 63. A. 14..16. [Wächter II. S. 244.] Jedenfalls kommt es überall auf die aus Sprachgebrauch, Sitte und Oertlichkeit zu erkennende

Willensmeinung der Constituenten an, und in jedem Fall muß der Berechtigte sein Recht civiliter ausüben (§. 188. Nr. 4.), und der Eigenthümer des dienenden Grundstücks kann daher auch die Festsetzung eines bestimmten Weges verlangen. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 13. §. 1. 3. D. h. t. Vgl. Seuffert's Archiv I. 180. IV. 13. V. 5. X. 136. XII. 127. XV. 103.

b) Das Recht gewisse Gegenstände von dem herrschenden Grundstück auf dem dienenden niederzulegen oder über dasselbe hinwegzuführen, L. 3. §. 1. 2. L. 6. §. 1. D. h. t.; desgl. s. aquam educendi fundi siccandi causa. L. 29. D. h. t.

c) Servituten auf Wasser-Benutzung oder Leitung, namentlich $\alpha$) s. aquaeductus, das Recht, Wasser aus dem dienenden Grundstück oder über dasselbe herzuleiten, aqua quotidiana oder aestiva, diurna oder nocturna, mit dem Rechte, die nöthigen Rinnen anzulegen oder zu unterhalten. L. 1. pr. L. 15. 21. 22. D. h. t. 8. 3. L. 9. D. de serv. 8. 1. L. 17. pr. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. Dig. de aqua quot. 43. 20. de rivis. 43. 21; $\beta$) s. aquaehaustus oder aquae hauriendae. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 3. §. 3. L. 9. 20. §. 3. D. h. t. 8. 3. L. 14. §. 2. D. de serv. 8. 1; $\gamma$) s. pecoris ad aquam appulsus. §. 2. J. h. t. 2. 3. L. 1. §. 1. L. 4. D. h. t.

d) Servituten auf Benutzung verschiedener anderer Erzeugnisse des dienenden Grundstücks für das Bedürfniß des herrschenden: namentlich $\alpha$) s. pascendi, das Recht, das Vieh, welches zum landwirthschaftlichen Betriebe des herrschenden Gutes gehört, auf das dienende Grundstück zur Weide zu treiben. L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 4. 6. §. 1. D. h. t., worüber jedoch erst das deutsche Recht eine weit ausgebildetere Theorie aufstellt. Seuffert §. 165. Nr. 2. Mittermaier deutsches Privatr. I. §. 168 fg.; sodann $\beta$) s. cretae eximendae, arenae fodiendae, lapidis eximendi, calcis coquendae, silvae caeduae. L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. §. 2. J. h. t.

[3] Negative Servituten werden als s. p. r. nicht ausdrücklich erwähnt; jedoch kann die in L. 15. pr. D. de serv. 8. 1. erwähnte Servitut (si concedas mihi, ius tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere minuendae aquae meae gratia) wenigstens eben sowohl als s. p. r. wie als s. p. u. gedacht werden. Vgl. §. 185. A. 5. a. E.

## §. 187.

## II. Besitz der Dienstbarkeiten.

Besitz einer Dienstbarkeit ist das thatsächliche Verhältniß, welches durch wirkliche Ausübung der Dienstbarkeit entsteht, abgesehen davon, ob diese auch als Recht bestehe (§. 129). Diesem sind analog gleiche juristische Wirkungen beigelegt, wie dem Besitz einer Sache als thatsächlicher Ausübung des Eigenthums (§. 135, 136, vgl. §. 189, 192); er ist daher, wie dieser, ein juristisches Verhältniß, iuris quasi possessio genannt[a], im Gegensatz der corporis possessio[b], weil nach natür-

[a] Gai. IV. 139. L. 3. §. 17. D. de vi. 43. 16. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 23. §. 2. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. [b] L. 2. §. 3. D. de precario. 43. 26.

licher Anschauung nur körperliche Sachen als Gegenstand des Besitzes gedacht werden[c]*.

Wie nun zum Eigenthumsbesitze corpus und animus, so ist zum Erwerbe dieses Rechtsbesitzes erforderlich 1) die Vornahme solcher Handlungen oder thatsächliche Behauptung eines solchen Zustandes, wozu das Recht der Dienstbarkeit die Befugniß geben würde, in eigener Person oder durch einen Stellvertreter. Bei den persönlichen Servituten gehört dazu regelmäßig der natürliche Besitz der Sache, welcher als Sachbesitz nicht juristischer Besitz ist[d], aber den juristischen Besitz der Servitut in sich schließt[e]; bei andern affirmativen Servituten nach Verschiedenheit ihres Inhalts (§. 184) entweder die dauernde Vorrichtung an der Sache[f] oder die wirkliche Vornahme der Handlungen, wozu die Servitut das Recht gibt[g]; bei negativen Servituten ein Verbot von Seiten des Berechtigten gegen solche Handlungen, welche dem Recht der Servitut widerstreiten würden, oder auch eine Willenserklärung von der andern Seite, derselben sich enthalten zu wollen; 2) der Wille, ein Recht der Dienstbarkeit auszuüben, animus ius quasi possidendi[1], wobei aber die Meinung, das Recht wirklich zu haben, eben so wenig wesentlich ist, wie bei dem Eigenthumsbesitze die Meinung Eigenthümer zu sein[h]. Geschieht es nun durch Einräumung von der andern Seite, daß sich Jemand in dieses Verhältniß thatsächlicher Ausübung der Dienstbarkeit versetzt, so liegt darin eine iuris quasi traditio[2], analog der Tradition einer körperlichen Sache[i].

Verloren wird der Besitz der Dienstbarkeiten entweder durch Aufgeben des Besitzes (animo non possidendi), oder durch Entziehung der Möglichkeit, das Recht ferner nach Belieben auszuüben (quasi corpore). Wo diese mit der Detention der Sache verbunden ist, kann der Verlust ganz in ähnlicher Weise eintreten, wie der Verlust des Sachenbesitzes (§. 142): in andern Fällen geschieht es durch völlige Beseitigung der erforderlichen Vorrichtung oder Entgegenstellung eines Hindernisses beliebiger Wiederholung der Ausübungshandlungen, oder Entgegenhandeln gegen das in der Servitut enthaltene Verbietungsrecht[k]. Bei unständigen Dienstbarkeiten aber kann der Besitz auch dann nicht mehr als fortdauernd gelten, wenn längere Zeit hindurch eine Handlung zur

[c] L. 3. pr. D. de poss. 41. 2. L. 4. §. 26 (27). D. de usurp. et usucap. 41. 3. [d] L. 1. §. 8. L. 12. D. de poss. 41. 2. L. 6. §. 2. D. de precario. 43. 26. §. 4. J. per quas pers. 2. 9. [e] L. 3. §. 17. cit. L. 4. D. uti poss. 43. 17. [f] L. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2. cf. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. [g] L. 7. D. de itin. 43. 19. [h] L. 1. §. 2. 6. L. 7. D. l. c. L. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6. [i] L. 20. D. de serv. 8. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. [k] L. 6. 20. pr. D. de s. p. u. 8. 2.

Ausübung des Rechts gar nicht mehr vorgenommen worden ist (§. 189, 194 a. E.)[3].

[* Buchholtz Versuche, Abhdlg. VIII: Ueb. d. Begriff iuris poss., S. 75 fg. — „Durch eine solche iuris (quasi) possessio wird . . die corporis possessio, die ein Anderer an der Sache hat, nur beschränkt, aber nicht ausgeschlossen." Wächter II. S. 102. Bossert d. Wesen des Servitutenbesitzes nach R. R. 1883. Drbr. Meischeider in Rassow's Beitr. XXVIII. S. 297 fg.]

Anm. [1] L. 7. D. de itin. 43. 19. Si per fundum tuum nec vi nec clam nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo iure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet. — L. 25. D. 8. 6. Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit. Die bisherige Theorie über den Quasibesitz der Servituten wird im Allgemeinen beanstandet von Hedemann über den Erwerb und Schutz der Servituten, 1864. S. 96 fg. Dagegen Rudorff zu Savigny's Besitz S. 562. 565 fg. Randa Besitz S. 21. [3. Aufl. S. 82.] A. 7. Exner Tradition S. 115. Windscheid §. 163. 164. 213. A. 1. Brinz 2. Aufl. §. 196. — B. David über das Willensmoment bei dem Besitzerwerbe von Rechten in der östr. Gerichtsztg. 1870. Nr. 76..78. [Dazu Randa 3. Aufl. §. 25. A. 4. Windscheid §. 163. A. 6.]

[2] L. 20. D. h. t. 8. 1. Quotiens via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse: ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Vgl. Exner a. a. O. S. 42 fg. 114 fg.

[3] Ueber den Erwerb und Verlust des Servitutenbesitzes vgl. überhaupt Savigny Recht des Besitzes. §. 45. 46. Randa Besitz §. 25..28. 31..36., aber auch Ihering Grund des Besitzesschutzes 2. Aufl. S. 174 fg.

## III. Entstehung der Dienstbarkeiten.

### §. 188.

### A. Durch Bestellung.

Eine Dienstbarkeit kann erworben werden 1) durch Bestellung von Seiten des Eigenthümers[a] der Sache, welche dienstbar sein soll; diese geschieht a) durch letztwillige Verfügung, Vermächtniß[b], oder b) durch Vertrag, und zwar α) durch selbständigen auf diesen Zweck gerichteten Vertrag[c], wobei aber vorausgesetzt wird, daß der Wille auf

[a] L. 6. pr. D. comm. praed. 8. 4. cf. α) L. 7. Cod. de reb. alien. 4. 51. (§. 132.). β) L. 15. §. 7. L. 16. D. de usufr. 7. 1. (§. 179. A. 5.). γ) L. 2. D. de serv. 8. 1. L. 34. D. de s. p. r. 8. 3. L. 18. D. comm. praed. 8. 4. (§. 133. 183. num. 7.). δ) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 1. §. 6. 9. D. de superfic. 43. 18. (§. 195.). [b] Dig. de usu et usufructu legato. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. §. 4. J. de serv. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. L. 3. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [c] §. 1. 4. J. citt. L. 3. pr. L. 25. §. 7. D. l. c. L. 3. Cod. de serv. 3. 34. cf. Gai. II. 29..32.

sofortige Entstehung des dinglichen Rechts[1], nicht bloß auf eine Verpflichtung zu künftiger Bestellung gerichtet sei[d], wenn gleich mit der Einräumung des dinglichen Rechts zu größerer Sicherheit des Erwerbes auch noch eine persönliche Verpflichtung des Bestellers verbunden sein kann[e], β) durch Vorbehalt[2] bei Gelegenheit der Eigenthumsübertragung[f]; — 2) durch richterliche Bestellung, und zwar durch Adjudicatio im Theilungsverfahren[g], oder auch durch ein Decret, welches zur Vollziehung eines Urtheils gegen den ungehorsamen Beklagten eine von demselben zu bestellende Servitut für bestellt erklärt, oder eine verlorene Servitut durch in integrum restitutio wieder herstellt[h]. Uebrigens kann eine Grunddienstbarkeit nur dem Eigenthümer[i] des Grundstücks, für welches sie erworben werden soll, Miteigenthümern[k] gemeinschaftlich, wenn auch nicht nothwendig durch gleichzeitigen Act[3], wirksam bestellt werden.

Anm. [1] Früher war es herrschende Ansicht zusammenhängend mit der Theorie von titulus und modus adquirendi (§. 127.), daß der Vertrag allein zur Entstehung des dinglichen Rechts nicht genüge, sondern noch quasi traditio hinzukommen müsse, und diese Ansicht wird auch jetzt noch von einigen Juristen vertheidigt, u. a. Francke civ. Abh. Nr. III. Vangerow §. 350. A. 1. 2. Vgl. dagegen u. a. Schmidtlein de servitutibus per pactum constituendis. 1823. Michelsen im civ. Arch. VIII. 14. Hasse im Rhein. Mus. I. S. 64..128. Haertel de serv. per pacta et stipulationes const. 1828. Puchta Inst. II. §. 256. Vorles. I. §. 187. „Niemals hat man einen einigermaßen scheinbaren Grund für die Nothwendigkeit der Tradition aufgestellt." Dagegen wohl wieder Brinz 1. Aufl. S. 272 fg., aber die richtige Ansicht ist abermals gründlich erwiesen von Schmidt in Bekker's Jahrb. III. 9.: vgl. Keller §. 181. Windscheid §. 212. A. 1. [Wächter II. S. 252 fg.] Gibt es auch im Justinianischen Recht einige Stellen, welche der Tradition der Servituten erwähnen, die nach älterem Recht neben der civilrechtlichen Bestellung durch mancipatio und in iure cessio als prätorische Bestellung vorkam und im Justinianischen Recht unzweifelhaft auch als vollkommene Bestellung anzuerkennen ist, so räumt doch selbst Vangerow S. 754. ein, daß darin „nirgends bestimmt gesagt ist, es müsse die quasi traditio dem bloßen Vertrage hinzutreten, damit das dingliche Servitutenrecht entstehe" (vgl. unten §. 191. A. 2.), während in den Stellen der not. c. ein constituere der Servituten durch Verträge, gleichwie durch Vermächtniß, deutlich anerkannt ist, das sich durch Aufgeben der veralteten Bestellungsformen gleichsam von selbst ergeben mußte, als Be-

[d] L. 11. 17. D. de serv. 8. 1. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3. L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. L. 3. D. de O. et A. 44. 7. cf. L. 6. §. 3. D. comm. praed. 8. 4. [e] cf. L. 2. §. 5. 6. L. 38. §. 10. 11. L. 85. §. 3. L. 111. D. de V. O. 45. 1. [f] L. 32. 36. §. 1. L. 54. D de usufr. 7. 1. L. 1. §. 4. L. 3. §. 1. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 34. 35. D. de s. p. u. 8. 2. L. 30. 33. pr. D. de s. p. r. 8. 3. L. 3. 5..8. 10. D. comm. praed. 8. 4. cf. Gai. II. 33. fragm. Vat. §. 47. 50. [g] L. 6. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 18. D. comm. div. 10. 3. cf. fragm. Vat. §. 47. [h] cf. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5. [i] L. 1. §. 1. L. 6. pr. cf. L. 8. D. comm. praed. 8. 4. L. 15. §. 7. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. [k] L. 5. 18. D. comm. praed. 8. 4. cf. L. 19. D. de s. p. r. 8. 3.

stellungsart nicht strengciviler Servituten aber sicher auch schon vor Justinian anerkannt war. In der neuesten Praxis sind indessen noch beide Ansichten vertreten, Seuffert's Arch. XII. 130. XV. 5. Darnach folgte namentlich das sächs. O.A.G. der Ansicht, daß quasi-traditio erforderlich sei. Dagegen das sächs. Gstzb. §. 566. 574. 644 a. E. bestimmt ausdrücklich das Gegentheil. Windscheid 4. Aufl. §. 212. A. 1., dagegen Brinz 2. Aufl. §. 197. A. 8. 9. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 223 fg. Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 183 fg.]

[2] In den Quellen kommt ein solcher Vorbehalt sowohl bei Vermächtnissen als bei Eigenthumsübertragung unter Lebenden sehr häufig vor, unter dem Ausdruck deducere, detrahere, excipere, recipere servitutem. Darüber: F. Muther In fr. VI. communia praediorum comment. 1858. [Windscheid §. 212. Nr. 7.; J. Freisen Vorbehalt v. dinglichen Rechten bei Eigenthumsübertragung nach R. R. 1881.] Vgl. Dernburg Pfandr. I. S. 272 fg. Daß in diesem Fall der bloße Vertrag zur Entstehung der Servitut hinreiche, wird auch von Vangerow S. 760. anerkannt, eben so wie in dem Falle, wenn der Eigenthümer von zwei Grundstücken das eine veräußert und zugleich zu dessen Gunsten das andre mit einer Servitut belastet. L. 36. D. de s. p. r. 8. 3. L. 3. 6. pr. 8. D. comm. praed. 8. 4. — Dieses wie jenes kann übrigens auch stillschweigend geschehen, namentlich wenn der Eigenthümer eines von zwei Grundstücken veräußert, mit einer bisher bestehenden Vorrichtung zur Last des einen, zum Vortheil des andern. L. 36. 37. D. de s. p. u. Vgl. Code Nap. art. 692..694. Sächs. Gesetzb. §. 575. — Seuffert's Arch. XI. 121. (Servituten-Entstehung durch Widmung) XI. 18. XIII. 212. [Vgl. unten §. 371. A. 2.]

[3] Ueber diesen Punkt, bes. L. 18. D. 8. 4. vgl. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 305..313. Mommsen zu L. 18. cit. Jhering dogm. Jahrb. X. S. 466 fg. Köppen das. XI. S. 236 fg. [Karlowa a. a. O. S. 85 fg. Steinlechner iur. comm. II. S. 206 fg.]

## §. 189.

## B. Durch Ersitzung.

Dienstbarkeiten, sowohl persönliche als Grunddienstbarkeiten, werden durch longi temporis quasi possessio erworben, dadurch nämlich, daß sie zehn Jahre inter praesentes oder zwanzig Jahre inter absentes, nec vi nec clam nec precario, als Recht ausgeübt wurden[a]. Mehr ist dazu nach römischem Recht nicht erforderlich. Nach heutigem Rechte jedoch ist die Ersitzung ausgeschlossen, wenn erwiesen wird, daß die Ausübung der Dienstbarkeit nicht in gutem Glauben stattgefunden habe[b].

Anm. [1] Vgl. a) L. 4. §. 29. D. de usurp. et usucap. 41. 3. Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam quae libertatem praestat sublata servitute. L. 14. pr. D. de serv. 8. 1. L. 10. §. 1. D. de usurp. 41. 3. Hoc iure

[a] L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 3. D. de itin. 43. 19. L. 1. §. ult. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 1. 2. Cod. de serv. 3. 34. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [b] arg. cap. 20. X. de praescript. 2. 26. (§. 109.).

utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint, worin eine unpassend angebrachte Interpolation: *l. t. capi* statt *usucapi*, enthalten ist. b) L. 10. pr. D. 8. 5. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse (wo in der Vulg. das Wort *usum*, bei Hal. *possedisse* fehlt). L. 1. Cod. 3. 34. Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito (per iudicem) exercere non prohiberis; is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet. L. 2. Cod. eod. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertine(a)t, cuius est possessio. — Hedemann a. a. O. läugnet, „daß es nach R. R. eine Ersitzung der Servituten gebe, und führt diese durchaus originelle Ansicht mit großer Unerschrockenheit ... aus." Rudorff zu Savigny S. 562. Vgl. oben §. 187. A. 1.

[2] Streitig: a) die Anwendbarkeit dieser Ersitzung auf servitutes discontinuae? auf negative? auf persönliche? Die erste von manchen ältern Rechtsgelehrten, die zweite noch neuerdings von Bessel im civ. Arch. XIII. 19., die letzte von Zimmern in Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Unters. Nr. V. bestritten; die herrschende Meinung gegen die Beschränkung, arg. L. 12. in f. Cod. 7. 33.; b) die Anwendbarkeit bei usucapionsunfähigen Sachen? Vangerow §. 351 am Ende, daher Zulässigkeit dreißigjähriger Ersitzung? Seuffert §. 175; c) die Bestimmung der Ersitzungszeit? Zimmern a. a. O.; d) ob nicht iustus titulus erforderlich sei? Bessel a. a. O. e) ob bona fides? nach R. R.? arg. L. 24. D. quemadm. serv. am. 8. 6. L. 1. §. 10. D. de aqua quot. 43. 20. Mühlenbruch §. 289. A. 8. Busch im civ. Arch. XXXI. S. 412 fg.; nach canonischem Recht? vgl. Unterholzner Verjährungslehre II. §. 210 fg. f) ob Wissenschaft des Eigenthümers der dienenden Sache? vgl. Unterholzner §. 212. Nr. III. Hasse im Rh. Mus. II. S. 400 fg. [g) ob Handlungen in der Meinung der Eigenthumsausübung vorgenommen, den Quasibesitz der Servitut begründen? Pract. Arch. N. F. XII. S. 293.] Vgl. überhaupt noch Vangerow §. 351. Puchta §. 188. not. l. m. Windscheid §. 213. Unterholzner §. 187..216. Seuffert Erörtr. II. S. 59 fg. E. Hoffmann in Fuhr und Hoffmann civilist. Vers. I. 1. Buss de servitutum, quam vocant acquisitivam praescriptione. 1829. Muther die Ersitzung der Servituten. 1852. Seuffert's Arch. I. 178. 179. 328. 408. II. 141. III. 10. 11. V. 101. 144. 255. VI. 154. [VII. 154. VIII. 220. 236. 292 (dazu Seuffert's Nachschrift.)] 348. IX. 129..134. X. 235. XIII. 131. [XVII. 14. XX. 19. XXII. 22. 23. XXVII. 98.] Busch Praxis S. 44..84. Windscheid 4. Aufl. §. 213. Brinz 2. Aufl. §. 197. A. 12 fg.

[3] Ueber den Beweis der Servitutenersitzung insbesondere vgl. noch Seckendorf im civ. Arch. IV. 11. Hasse a. a. O. S. 394 fg. Busch im civ. Arch. XXXI. 6. 12. Seuffert's Arch. I. 408. XV. 108.

## §. 190.

### C. Kraft gesetzlicher Bestimmung.

Nur der Nießbrauch entsteht in einigen Fällen ipso iure kraft gesetzlicher Bestimmung (sog. usus fructus legalis): nämlich für den Vater an den bona adventitia der Kinder[a], für den Parens, der eine andere Ehe eingeht, an den zu Gunsten der Kinder aus früherer Ehe verwirkten Gütern[b], und in Folge der Ehescheidung für den unschuldigen Ehegatten an den von dem schuldigen Ehegatten verwirkten Gütern, deren Proprietät den Kindern zufällt[c].

## IV. Schutz der Dienstbarkeiten.

## §. 191.

### A. Schutz des Rechtes. *Confessoria in rem actio.*

Um das Recht der Dienstbarkeit geltend zu machen, ist eine dingliche Klage gegeben, confessoria in rem actio, vindicatio servitutis, ein Gegenstück der negatoria in rem actio[a]. Sie steht dem Servitutberechtigten zu[b], also bei Grunddienstbarkeiten dem Eigenthümer des herrschenden Grundstücks[c], von mehreren Miteigenthümern, wegen der Untheilbarkeit des Rechts, jedem einzelnen in solidum[d], der Berechtigte möge im Besitze des Rechts sein oder nicht[e], gegen jeden[1], welcher ihn in der Ausübung des Rechts stört oder dieses bestreitet[f], bei persönlichen Dienstbarkeiten vorzüglich gegen denjenigen, welcher dem Berechtigten wider sein Recht die Detention der Sache vorenthält[g], doch auch gegen denjenigen, der sich nur eine partielle Anmaßung gegen dieselbe erlaubt, daher insbesondere gegen den, der den Berechtigten an der Ausübung einer dem dienenden Grundstück zustehenden Grunddienstbarkeit hindert[h]. Die Klage bezweckt zunächst Anerkennung des Servitutrechts, und in dieser Beziehung wirkt bei Grunddienstbarkeiten das von einem Miteigenthümer erstrittene günstige Urtheil zugleich zum Vortheil der übrigen[i],

[a] Cod. de bon. mat. 6. 60.; de bonis quae lib. 6. 61. [b] L. 3. §. 1. L. 5. Cod. de secund. nupt. 5. 9. Nov. 22. cap. 23..26. 46. §. 2. (§. 147.). [c] L. 11. §. 1. 2. Cod. de repud. 5. 17. Nov. 117. cap. 8. 9.

[a] Dig. si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur. 7. 6. si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur. 8. 5. (§. 169.) [b] L. 5. pr. D. si usufr. pet. [c] L. 1. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. cf. L. 16. D. de serv. 8. 1. L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. (§. 195.) [d] L. 4. §. 3. L. 6. §. 4. D. si serv. vind. L. 1. §. 5. D. de arb. caed. 43. 27. [e] L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. D. si serv. vind. L. 5. §. 6. D. si usufr. pet. [f] L. 4. §. 5. L. 10. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. (§. 169. A. 3.) [g] L. 5. §. 5. 6. D. si usufr. pet. L. 60. §. 1. D. de usufr. 7. 1. [h] L. 1. pr. D. si usufr. pet. L. 1. §. 4. D. de remiss. 43. 25. [i] L. 4. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5.

wie andrerseits das ungünstige, im Fall redlich geführten Rechtsstreites, auch gegen die übrigen wirkt[k]. Ist die Servitut während des Rechtstreites durch Nichtausübung verloren (§. 194 a. E.), so muß sie wiederhergestellt werden[l]. Außerdem muß die Verletzung aufgehoben und dem Kläger wegen des durch die verübte Störung erlittenen Nachtheils Ersatz geleistet[m], bei persönlichen Dienstbarkeiten insbesondere die vorenthaltene Sache nebst den dem Kläger gebührenden Früchten, in ähnlicher Weise wie bei der Eigenthumsklage, herausgegeben[n], fernere Störung aber, nach Umständen unter Auferlegung einer cautio de non amplius turbando, untersagt werden[o]. Bei der servitus oneris ferendi kommt zudem noch die Verbindlichkeit zur Instandhaltung der lasttragenden Mauer in Betracht[p].

Uebrigens kann die confessoria in rem actio auch als quasi Publiciana actio[2], nach Analogie des §. 170, mit Erfolg angestellt werden[q], sowohl von demjenigen, welchem ein nach §. 170 zur Publiciana in rem actio Berechtigter eine Servitut eingeräumt hat, als von demjenigen, welchem als redlichem Besitzer eines Grundstücks für dieses eine Servitut eingeräumt worden ist.

Anm. [1] Busch Stimme der Praxis S. 91 fg. Als eine diesen §. und §. 169. betreffende neuere Schrift ist zu erwähnen: K. J. Seitz zur Kritik der heutigen Konfessorien- und Negatorienklage und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechtsschule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allg. 1873.; aber vgl. drbr. Heyßler in d. Wiener Zeitschr. I. S. 618 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 198. A.* [Gegen den Besteller der Servitut oder seinen Erben kann auch eine persönliche Klage zum Ziel führen: Wächter II. S. 255.]

[2] Die Publicianische Servitutenklage betreffend sagt L. 11. §. 1. D. 6. 2. Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci) item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Nach ihrem ursprünglichen Sinn hatte diese Stelle wahrscheinlich zunächst den Fall im Auge, wenn der wahre Eigenthümer ohne die nach älterem Recht erforderliche in iure cessio eine Servitut durch quasi traditio eingeräumt hatte, analog dem Fall der Veräußerung einer res mancipi durch bloße Tradition: arg. verb. *per domum suam*, worauf ohne Zweifel auch L. 1. §. 2. D. 8. 3. und L. 1. pr. D. 7. 4. sich bezogen. In diesem Fall aber entsteht nun nach Justinianischem Recht eine vollkommene Servitut. Jetzt ist daher die Stelle auf die im Text bezeichneten Fälle zu deuten. Nun möchte man freilich sagen, es könne dabei nach Justinianischem Rechte auf die quasi traditio nicht ankommen, wenn schon durch bloßen

[k] L. 19. D. eod. [l] L. 5. §. 5. D. si ususfr. pet. 7. 6. L. 8. §. 4. D. si serv. vind. [m] L. 4. §. 2. 3. L. 6. §. 6. eod. L. 5. Cod. de serv. 3. 34. [n] L. 5. §. 3..6. D. si ususfr. pet. [o] L. 7. D. si serv. vind. cf. L. 7. D. de aqua quot. 43. 20. J.R.A. §. 162. [p] L. 6. §. 4..7. D. si serv. vind. [q] arg. L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. cf. L. 1. §. 2. D. de s. p. r. 8. 3. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18.

Vertrag die Servitut entsteht (§. 188.), sowie nach §. 170. die Publiciana actio Besitz nicht erfordert, wo der Eigenthumserwerb nicht durch diesen bedingt ist. Allein ein Argument gegen die Richtigkeit jenes Satzes (Vangerow S. 754.) kann man daraus, daß die Compilatoren diese Stelle als willkommene aufnahmen, um so weniger herleiten, als einestheils in der servitutis quasi traditio eine handgreifliche Einräumung der Servitut enthalten ist, und anderntheils bei der eigentlichen Publiciana actio Besitzerwerb als eine regelmäßige Voraussetzung denselben vorschwebte. Die herrschende Meinung nimmt übrigens keine Rücksicht darauf, ob der Einräumende publicianischer Besitzer oder etwa sogar malae fidei possessor war. Aber dagegen spricht nicht nur die Analogie des Pfandrechts: L. 18. 21. §. 1. D. de pign. 20. 1. und die Unanwendbarkeit der Fiction der usucapio in directer Beziehung auf Servituten (§. 189. A. 1. a.), sondern auch analog ein ähnliches Bedenken, als welches gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Publiciana actio für denjenigen, welcher ohne Besitzerwerb von einem Andern das Eigenthum erworben zu haben glaubt, geäußert worden ist von Vangerow I. S. 666. Schmid I. S. 361. A. 22. — Von Puchta (§. 186. 191.) ferner wird angenommen, daß der bonae fidei possessor eines Grundstückes diesem eine Servitut ipso iure erwerben und nicht blos Publicianam, sondern directam confessoriam actionem anstellen könne; dies ist aber durch keine Stelle belegt, und L. 11. §. 1. cit. spricht dagegen: arg. verb. *per domum suam*, wornach der Mangel nicht in der Person des Quasitradenten, sondern in der des Erwerbers zu suchen ist. Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 212. A. 1. a. E. §. 217. A. 7.

## §. 192.

### B. Schutz des Besitzes der Dienstbarkeiten.

Was den Besitz der Dienstbarkeiten betrifft*, so finden

1) für die persönlichen Dienstbarkeiten, deren Ausübung mit der Detention der Sache verbunden ist, die zum Schutz des Eigenthumsbesitzes bestehenden Interdicte analoge Anwendung, ein interdictum uti possidetis oder utrubi utile[a], und ein interdictum de vi utile[b], desgleichen das interdictum de precario[c], wenn die Ausübung der Dienstbarkeit einem Andern auf Widerruf überlassen ist[1].

2) Für einige Grunddienstbarkeiten sind besondere Interdicte aufgestellt, nämlich a) das interdictum de itinere actuque privato für Wegservituten[d], und zwar pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes[e], voraussetzend, daß das Recht innerhalb des letzten Jahres vor Anstellung der Klage (im Fall besonderer Hinderungen innerhalb des vorletzten) wenigstens an dreißig Tagen[2] ausgeübt worden sei, nec vi nec clam nec precario ab adversario. Daneben besteht noch ein besonderes interdictum de itinere reficiendo, wobei aber zugleich

[a] L. 4. D. uti possid. 43. 17. [b] L. 3. §. 13..17. L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi. 43. 16. cf. fragm. Vat. §. 90. 91. [c] arg. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 2. D. de precario. 43. 26. [d] Dig. de itinere actuque privato. 43. 19. [e] L. 1. §. 1. D. l. c.

das Recht der Servitut nachzuweisen ist[f]; b) interdictum de aqua für das Recht der Wasserleitung[g], es bestehe zum Vortheil eines praedium rusticum oder urbanum[h], voraussetzend wenigstens einmalige Ausübung des Rechts im letzten Jahr[i], wenn die Wasserleitung in jeder Jahreszeit benutzt zu werden pflegt (aqua quotidiana), oder in den zwei letzten Sommerhalbjahren, dasjenige, in welchem die Klage angestellt wird, mitgerechnet[k], wenn nur im Sommer (aqua aestiva), oder ebenso in den zwei letzten Winterhalbjahren, wenn nur in dieser Jahreszeit das Wasser benutzt wird[l], und zwar Ausübung in gutem Glauben[m] und nec vi nec clam nec precario[n]. Daneben ebenfalls ein interdictum wegen Ausbesserung, de rivis, unter denselben Voraussetzungen, ohne Beweis des Rechts[o]. Machen mehrere Anspruch auf dieselbe Wasserleitung (rivales), so findet unter ihnen duplex interdictum de aqua statt[p]; c) interdictum de fonte, für das Recht des Wasserschöpfens, unter gleichen Voraussetzungen wie das interdictum de aqua[q], desgleichen ein interdictum de fonte reficiendo[r]; d) interdictum de *cloacis* (privatis), welches zwar nur auf Gestattung der Reinigung und Ausbesserung eines bestehenden Abzugcanals geht, ohne weitere Voraussetzungen[s], eben dadurch aber zugleich Schutz im Besitze des Rechts gewährt[3]. Bei diesem, wie bei den andern Interdicten auf Ausbesserung, muß übrigens dem Besitzer des dienenden Grundstücks wegen der für denselben zu befürchtenden Beschädigung Caution geleistet werden[t].

3) Der Besitz derjenigen Dienstbarkeiten, deren Ausübung im Dasein einer bleibenden Vorrichtung an dem herrschenden Grundstück besteht, also in der Regel der Besitz der affirmativen Gebäudedienstbarkeiten, ist durch das interdictum uti possidetis in Betreff des herrschenden Grundstücks geschützt[u], dessen Besitz zugleich den Besitz jener Dienstbarkeiten in sich schließt[4].

4) In Ansehung der übrigen Dienstbarkeiten ist die Statthaftigkeit eines Besitzschutzes nach römischem Recht nicht zu erweisen[5]; nach heutigem Recht aber wird derselbe, dem praktischen Bedürfniß entsprechend und mit Rücksicht auf die Grundsätze des canonischen Rechts über Spoliation, auch hier nicht versagt[6].

[f] L. 3. §. 11 .. L. 5. D. l. c. [g] Dig. de aqua quotidiana et aestiva. 43. 20. [h] L. 1. §. 11. 13. 14. D. l. c. [i] L. 1. pr. §. 4. 22. D. l. c. [k] L. 1. §. 29 .. 36. L. 6. D. l. c. [l] L. 1. §. 35. D. l. c. [m] L. 1. §. 10. 19. D. l. c. [n] L. 1. §. 10. 20. D. l. c. [o] Dig. de rivis. 43. 21. [p] L. 1. §. 26. D. de aqua. 43. 20. [q] Dig. de fonte. 43. 22. [r] L. un. §. 6. D. l. c. [s] Dig. de cloacis. 43. 23. [t] L. 1. pr. D. l. c. L. 3. §. 9. D. de rivis. 43. 21. L. 1. §. 38. D. de aqua quot. 43. 20. L. 3. §. 11. D. de itin. 43. 19. [u] L. 8. §. 5 D. si serv. vind. 8. 5. L. 3. §. 5 .. 7. D. uti possid. 43. 17. cf. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1.

* Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 164. Brinz 2. Aufl. §. 201. [Randa Besitz. 3. Aufl. §. 7...7d. Wächter §. 161. und Beil. Wendt dogm. Jahrb. XXI. S. 332 fg. Dunker S. 131 fg. Kindel §. 27. 28.]

Anm. 1 Die Anwendbarkeit des int. de precario wird bestritten von Puchta §. 139. not. b., da der Usufructuar zwar die Ausübung seines Rechts precario überlassen, aber nicht den juristischen Besitz des Rechts, weil auch nicht das Recht selbst, übertragen könne; aber wesentliche Voraussetzung dieses Interdicts ist nur Entziehung des juristischen Besitzes nach precario eingeräumtem habere. Savigny Recht des Besitzes, S. 583. (6. Aufl.) [7. Aufl. S. 479.]

2 L. 1. §. 2. D. de itin. 43. 19. Sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat; *si modo anno usus est vel modico tempore, id est, non minus quam triginta diebus.* Cf. L. 1. §. 12. eod. „*supradicto tempore anni*". Man hat den Schluß der L. 1. §. 2. cit. erklären wollen: „im letzten Jahre wenigstens während eines mäßigen Zeitraumes, also mindestens während dreißig Tagen" (Althof das int. de itinere actuque priv. 1836. Vangerow §. 355. A. 1.), als hieße es: *triginta dierum* (Puchta §. 139. not. o.); „also 29 Tage hintereinander wären unzureichend, 2 Tage aber, die drei Monate auseinander lägen, hinreichend". Savigny S. 485. (7. Aufl.) A. 2. Vgl. prakt. Arch. VII. 133 fg. Huschke in d. Ztschr. f. Rtsgsch. X. S. 44.

3 Eine ausführliche Erörterung über dieses Interdict, sowie über das de cloacis publicis, gibt Schmidt (von Ilmenau) in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. XV. 3. vgl. Brinz a. a. O. A. 32.

4 Bestritten wird dies u. a. von Vangerow §. 355. A. 2. vgl. oben §. 171. A. 2. Aber wenn als Gegenbeweis L. 3. §. 5. D. uti possid. angeführt wird, so gibt dagegen sofort §. 6. ibid. den Beweis: Labeo quoque scribit: ex aedibus meis in aedes tuas proiectum habeo; interdicis mecum, *si eum* (*sic uti?*) *locum possideamus*, *qui proiecto tegetur.* An (vielleicht *At*?) quo facilius possim retinere possessionem eius proiectionis, interdico tecum sic: *uti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus* (*proiectum*) *est*? welche Frage, wenn man sie nicht durch die angedeutete Textbesserung *At* beseitigt hält, nach dem folgenden §. 7. als bejaht anzusehen ist. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. S. 348 fg. vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 64. Witte das int. uti poss. S. 102 fg. Eine Ausnahme: L. 1. pr. D. uti possidetis . . . „*De cloacis hoc interdictum non dabo*". Vgl. not. s. Savigny a. a. O. S. 495..497. Dieser nimmt dieselbe Regel auch für negative Servituten an, ebenso u. a. Puchta §. 139. not. g., aber dagegen spricht L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1. „si *in suo* quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria". Rudorff a. a. O. S. 352 und Puchta §. 396. not. d. Vgl. auch Bruns Recht des Besitzes S. 90 fg. Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. I. S. 377. [Hölder im civ. Arch. LXIII. S. 117 fg., der aber geradezu behauptet, „daß den lediglich ein facere verbietenden Servituten ein Besitz überhaupt nicht entspricht."]

5 Viele halten allgemein das interdictum uti possidetis für anwendbar, arg. L. 20. D. de serv. 8. 1. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur . . . ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse, *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* Mühlenbruch §. 293. A. 14..17. Dagegen Savigny und Bruns a. a. O., vgl. jedoch A. 4. a. E.

6 Savigny S. 518. Vgl. Puchta §. 139 a. E. „Vielmehr sind (statt der

sog. actio spolii) jene besondern Interdicte analog anzuwenden, bei solchen, deren Ausübung in bloßen Handlungen besteht, die Grundsätze vom interdictum de itinere, bei solchen, deren Ausübung nicht ohne eine besondere umständlichere Vorrichtung möglich ist, die von dem interdictum de aqua und den übrigen". Aber für manche s. p. r. z. B. s. arenae fodiendae, lapidis eximendi u. dgl. möchte die Analogie des int. de itinere mit seiner festen Zeitbeschränkung nicht wohl passen. Daher fordern Andere allgemein nur Besitz und Ausübung im letzten Jahre. Seuffert §. 418 a. E. vgl. Heerwart in Linde's Ztschr. XII. 6. 9. §. 16 fg. [Wächter II. S. 261.] Auch Vangerow, welcher nach R. R. allen Besitzesschutz der Servituten, außer in den Fällen Nr. 1. u. 2., in Abrede stellt, erkennt doch in der 6. u. 7. Aufl. §. 355. A. 1 a. E. eine abweichende deutschrechtliche Praxis an, welcher alle Berechtigung absprechen zu wollen ihm nie eingefallen sei. Vgl. Seuffert's Arch. V. 171. VI. 158. VII. 182.

## V. Aufhebung der Dienstbarkeiten[a].*

### §. 193.

### A. Durch den Willen des Berechtigten.

Durch Verzichtleistung des Berechtigten kann jede Dienstbarkeit (der Nießbrauch auch theilweise) aufgehoben und so die Freiheit des Eigenthums hergestellt werden. Sie geschieht, wie die Bestellung, durch einfachen Vertrag[b], auch stillschweigend, z. B. wenn der Nutznießer ohne Vorbehalt in die Veräußerung der dienenden Sache einwilligt[c], oder wenn der Servitutberechtigte eine Aenderung an der dienenden Sache gestattet, welche die fernere Ausübung des Rechts hindert[d]. Bei Grunddienstbarkeiten ist Einwilligung aller Miteigenthümer des berechtigten Grundstücks erforderlich[e]. Auch durch Vermächtniß kann dem Eigenthümer der dienenden Sache die Freiheit von der Servitut gewährt werden[f]. Die Einräumung des Servitutrechts an einen Andern, als den Eigenthümer der dienenden Sache, ist ohne Wirkung[g].

* [Buchholtz Versuche, Abhdlg. XVII.: Von d. Aufhebung der Servituten.]

Anm. [1] §. 3. J. 2. 4. .... Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agitur). Gai. II. 30. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem, alii vero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi. — Nach älterem Recht war zu vollkommener Aufhebung der Servituten durch Vertrag in iure cessio, deren Form als eine scheinbare vindicatio libertatis rei zu denken ist, erforderlich (oder bei s. p. r., als res mancipi, remancipatio), Gai. II. 30. sq. Paul. III. 6.

[a] Dig. quibus modis ususfructus vel usus amittitur. 7. 4. quemadmodum servitutes amittuntur. 8. 6. [b] §. 3. J. de usufr. 2. 4. L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. [c] L. 4. §. 12. D. de doli mali exc. 44. 4. [d] L. 8. pr. D. h. t. 8. 6. [e] L. 34. pr. D. de s. p. r. 8. 3. (§. 183. not. u.). [f] L. 86. §. 4. D. de legat. I. [g] §. 3. J. l. c.

§. 32.; aber der bloße Vertrag gewährte ohne Zweifel Exceptionsschutz gegen fernere Ausübung des Rechts, arg. L. 4. D. de serv. 8. 1., welches dann non utendo ganz verloren ging; daher auch exceptio doli (not. c.). Im Justinianischen Recht ist auch hier (wie bei der Errichtung) an die Stelle der in iure cessio ein einfaches cedere getreten. Was nun aber die Wirkung solcher cessio an einen Extraneus betrifft, so scheint mit §. 3. J. cit. im Widerspruch zu stehen L. 66. D. de iure dotium. 23. 3. Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi (ursprünglich: *in iure cedi*) non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche vgl. Puggé im Rh. Mus. I. S. 145 fg., Vangerow §. 344. A. 3., Löhr in Linde's Ztschr. XIII. 7., Dernburg daselbst neue Folge II. 2., Arndts daselbst VIII. 4. (civ. Schr. I. 18.). Böcking Inst. II. §. 164. A. 19. In Betreff des Usufructus ist die Streitfrage praktisch unerheblich, da die formlose Concessio desselben an einen Dritten immer als Ueberlassung der Ausübung desselben aufzufassen sein wird, welche allerdings möglich ist (§. 179. Abs. 3.). Aber der Grundsatz, den die Stellen in not. g. in Betreff des Ususfructus enthalten, muß gleicher Weise auch in Ansehung aller andern Servituten gelten, die weder der Ausübung noch dem Rechte nach übertragbar sind. Daher ist es wichtig, den Satz abzuwehren, den manche in L. 66. cit. haben finden wollen, daß der Versuch einer Uebertragung der Servitut den Verlust derselben bewirke.

[2] Eine Aufhebung der Servituten durch Dereliction, wie Manche behaupten (Puchta §. 190. not. k.), gibt es nicht. Nach L. 64. 65. pr. D. de usufr. 7. 1. kann zwar der Usufructuar durch Aufgeben des Ususfructus auch wider Willen des Eigenthümers für die Zukunft den für ihn daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten sich entziehen, aber aus der einseitig erklärten nicht acceptirten Verzichtleistung erwirbt der Eigenthümer kein Recht, so lange die Servitut nicht durch Nichtgebrauch erloschen ist. In den Fällen eines stillschweigenden Verzichts (not. c. d.) ist aber zugleich auch stillschweigend Acceptation von Seiten des Eigenthümers vorausgesetzt. Fritz Erläutr. Heft 2. S. 385 fg. Sintenis §. 66. A. 12. Seuffert §. 177. A. 2a. Windscheid §. 215. A. 11. Dagegen freilich wieder Bacher in d. dogm. Jahrb. V. S. 243 fg., aber wie! Streitend gegen Wächter Württ. Pr. R. S. 646., welcher mit obiger Ansicht übereinstimmt und sagt, das Recht gehe erst verloren, wenn der Eigenthümer den Verzicht annimmt, stellt er den Satz auf: der Usufructuar mache durch die Dereliction den Nießbrauch herrenlos, und könne daher „so lange der Eigenthümer nicht denselben occupirt, denselben wieder an sich nehmen." Vgl. Windscheid 4. Aufl. a. a. O. Brinz 2. Aufl. §. 198. A. 15. 16.

## §. 194.

### B. Aus andern Gründen.

Ohne Rücksicht auf den Willen des Berechtigten werden die Dienstbarkeiten vorerst aus den allen dinglichen Rechten gemeinschaftlichen Gründen aufgehoben (§. 127, 128), wobei nur zu bemerken ist, daß

mit dem Untergang der Sache[a] in Ansehung der persönlichen Dienstbarkeiten auch schon eine gänzliche Veränderung der dienenden Sache gleiche Wirkung hat[b]. Sodann erlöschen dieselben, wie alle Rechte an einer fremden Sache, nothwendig durch Confusion*, d. i. durch Vereinigung des Servitutrechts und des Eigenthums in einer Person[c], beim Nießbrauch insbesondere Consolidation genannt[d]. Außerdem werden dieselben noch aufgehoben 1) durch den Untergang des [Trägers der Berechtigung][1], d. i. bei persönlichen Dienstbarkeiten durch den Tod der Person[e], bei Grunddienstbarkeiten durch den Untergang des berechtigten Grundstücks[f]; 2) durch den Eintritt eines Endtermins, bis zu welchem die Servitut bestellt ist, und zwar persönliche Dienstbarkeiten ipso iure[g]; Grunddienstbarkeiten jedoch nur ope exceptionis[h]; 3) durch Nichtausübung, *non utendo* per longum tempus, d. h. für Anwesende in zehn, für Abwesende in zwanzig Jahren[i], ohne Unterschied zwischen Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Sachen[2], jedoch, wenn das Recht nur in Zwischenräumen von einem Monat oder mehr ausgeübt werden konnte, immer erst in zwanzig Jahren[k]. Zur Unterbrechung dieser Verjährung genügt bei persönlichen Dienstbarkeiten jede Ausübung des Rechts, nicht nur durch den Berechtigten selbst, sondern auch, soweit eine Ueberlassung der Ausübung an Andere möglich ist, durch eine Mittelsperson, und sofern jener für die überlassene Ausübung eine Vergütung empfangen hat, ist selbst die Nichtausübung von Seiten der Mittelsperson unschädlich[l]. Bei Grunddienstbarkeiten dagegen wird die Verjährung durch jede für das herrschende Grundstück, wenn auch nicht im Namen des Eigenthümers, vorgenommene (vollständige oder unvollständige) Ausübung unterbrochen[m]. In Ansehung derjenigen Grunddienstbarkeiten jedoch, deren Ausübung in einem gewissen dauernden Zustande besteht, affirmativen oder negativen, ist die bloße Nichtausübung allein zur Verjährung nicht hinreichend, sondern es wird auch Ersitzung der Freiheit des Eigenthums (*usucapio libertatis*) von der andern Seite vorausgesetzt[3], und diese erfordert, daß das dienende Grundstück die Verjährungszeit hindurch in servitutfreiem Zustande besessen worden sei[n].

[a] L. 23. 24. D. h. t. 7. 4. L. 17. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. L. 20. §. 2. D. de s. p. u. 8. 2. [b] L. 5. §. 2.. L. 12. D. h. t. 7. 4. L. 36. 71. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 31. [c] L. 1. D. h. t. 8. 6. cf. α) L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. β) L. 18. eod. L. 9. D. comm. praed. 8. 4. [d] §. 3. J. de usufr. 2. 4. L. 78. §. 2. D. de iure dot. 23. 3. [e] §. 3. J. l. c. cf. L. 56. D. de usufr. 7. 1. [f] cf. L. 3. D. h. t. 8. 6. [g] L. 15. D. h. t. 7. 4. L. 5. Cod. de usufr. 3. 33. [h] L. 4. D. de serv. 8. 1. [i] L. 16. pr. §. 1. Cod. de usufr. 3. 33. L. 13. Cod. de serv. 3. 34. cf. L. 4. §. 27. D. de usurp. 41. 3. [k] L. 14. Cod. l. c. L. 7. D. h. t. 8. 6. [l] L. 12. §. 2. L. 38..40. D. de usufr. 7. 1. [m] L. 5. 6. pr. §. 1. L. 8. 9. 20..25. D. h. t. 8. 6. cf. L. 11. pr. eod. L. 10. §. 1. L. 17. 18. pr. §. 1. eod. [n] L. 4. §. 28 (29). D. de usucap. 41. 3. L. 6. 7. 32. pr. D. de s. p. u. 8. 2. L. 18. §. 2. D. h. t. 8. 6.

[* Darüber jetzt Bekker in d. Ztschr. f. vergl. R.W. II. S. 44 fg. Kohler Ges. Abh. Nr. 9.]

Anm. 1 Dauer des Nießbrauchs juristischer Personen: L. 56 in f. D. 7. 1..... Et placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. — Verlust des Ususfructus und Usus (nicht auch der habitatio und operae: L. 10. D. de cap. min. 4. 5. L. 1. 2. D. de operis. 7. 7.) durch capitis deminutio, nach älterem Recht durch jede, nach Justinianischem Recht nur mehr durch maxima und media cap. dem.: L. 16. §. 3. Cod. de usufr. 3. 33. §. 3. J. 2. 4. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 28. 29. (jetzt unpraktisch; oben §. 28.) — Bestellung persönlicher Servituten für die Erben: L. 5. pr. D. h. t. 7. 4. L. 38. §. 12. D. de V. O. 45. 1. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33. Windscheid §. 215. A. 7. 8. [Pfersche in d. Wiener Ztschr. VIII. 9. S. 526 fg.] Uebergang der Operä auf die Erben? L. 2. D. de usu leg. 33. 2. [Windscheid §. 208. A. 8.] — Besondere Bestimmung in Betreff des dem Vater durch das Kind erworbenen Nießbrauchs: L. 17. Cod. l. c.

2 L. 16. §. 1. Cod. de usufr. . . . Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae pro (de) usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu; sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat dum vivit intactum . . . nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicabat, poterat eum praesentem vel absentem excludere. (Just. a. 530.) — L. 13. Cod. de servit. 3. 34. Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti annorum spatio contra absentes, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis. §. 3. J. de usufr. 2. 4. Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et non utendo per modum et tempus. Quae omnia nostra statuit constitutio. Ueber das ältere Recht vgl. Pauli sentt. I. 17. III. 6. §. 30. L. 4. §. 26 (27). D. 41. 3., wo *per longum tempus* interpolirt ist für *biennio*. Gegen die falsche Meinung, als ob jetzt, nach L. un. Cod. de usucap. transform. v. J. 531, der Nießbrauch an beweglichen Sachen in 3 Jahren erlösche: Unterholzner Verjährungslehre §. 223. — Der Nießbrauch kann non utendo auch theilweise erlöschen. L. 14. 20. 25. D. h. t. 7. 4. — Ausgeschlossen ist diese Endigungsart bei dem iter ad sepulcrum: L. 4. D. h. t. 8. 6., bei habitatio und operae: L. 10. pr. D. de usu. 7. 8. L. 2. D. de usu leg. 33. 2., unanwendbar auf den ususfructus alternis annis datus: L. 28. D. h. t. 7. 4. L. 13. D. de usu leg. 33. 2. cf. not. k. Die Bestimmung dieser Note wollen übrigens Manche auf alle nur in Zwischenräumen von mehr als einem Tage auszuübenden Servituten ausdehnen: arg. L. 7. D. 8. 6. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore (ursprünglich *biennio*) amittitur; idem et de itinere custoditur; si vero alternis diebus, aut die toto aut tantum nocte, statuto legibus tempore (*biennio*) amittitur, quia una servitus est. Nam et si alternis horis vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit perdere eum non utendo servitutem,

quia id, quod habet, quotidianum sit. Die L. 14. Cod. 3. 34. betrifft den Fall, wenn Jemand uno tantummodo die per quinquennium iter habet.

[3] Ueber die *usucapio libertatis* vgl. L. 6. D. de s. p. u. 8. 2. Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum (*meum*) permanet. L. 32. §. 1. eod. Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. Quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est, is autem, qui postea aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. — L. 18. §. 2. D. h. t. 8. 6. Si cum ius haberes immittendi, vicinus statuto tempore aedificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere poteris, non ideo magis servitutem amittes, quia non potest videri usucepisse vicinus tuus libertatem aedium suarum, qui ius tuum non interpellavit. — Streitfrage: ob die usucapio libertatis bei allen servitutes praed. urb., ohne Rücksicht auf deren Inhalt, und nur bei diesen erfordert worden sei? ob nicht nach L. 16. de usufr. auch bei dem Ususfructus usucapio libertatis erforderlich sei? ob nicht nach L. 13. Cod. de serv. bei allen Dienstbarkeiten? oder ob sie darnach für alle entbehrlich geworden? Vgl. Unterholzner §. 217..225. Vangerow §. 357. Puchta Vorles. §. 190. — Daß usucapio libertatis bei allen Dienstbarkeiten, mit Ausnahme der Wegedienstbarkeiten, des Wasserleitungs- und Wasserschöpfrechts, erfordert werde, sucht auszuführen Zachariä über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae, 1844, womit auch übereinstimmt Elvers §. 40. 73. Dagegen stimmen mit dem Text dieses §. im Resultat überein, ungeachtet der Verschiedenheiten in Bestimmung des Unterschieds zwischen s. p. u. und s. p. r. (§. 184. A. 3.), Vangerow a. a. O. Sintenis I. §. 66. II. 4. Cohnfeldt Irreg. Serv. S. 86 fg. Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. S. 137 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 216. A. 2. vgl. Brinz 2. Aufl. §. 198. A. 17 fg.

## Viertes Capitel.

### Von der Emphyteuse und Superficies.

### §. 195.

Die Emphyteusis[a] und Superficies[b] sind dingliche Nutzungsrechte an unbeweglichen Sachen, welche theils durch ihren Umfang, indem sie die Befugniß vollständiger Benutzung und fast unbeschränkter Verfügung über die Sache gewähren, theils durch ihre Veräußerlichkeit und Vererblichkeit dem Eigenthum so nahe kommen, daß sie häufig für Arten eines beschränkten Eigenthums gehalten wurden, gleichwohl aber nach richtiger juristischer Auffassung nur Rechte an einer fremden Sache sind[c], von den Dienstbarkeiten dadurch verschieden, daß bei ihnen nicht die diesen eigenthümliche Beschränkung bezüglich des Subjects des Berechtigten stattfindet[1]. Sie haben ihren Ursprung darin, daß mit gewissen Verpachtungen und Vermiethungen[d], zunächst durch das prätorische Edict, die Wirkung eines dinglichen Rechts verbunden wurde[2], welches durch eine utilis rei petitio, analog der rei vindicatio des Eigenthümers, sowohl gegen den Eigenthümer selbst wie gegen jeden Dritten, geschützt ist[e]. Auch sind die Berechtigten, gleich dem Eigenthümer, befugt, die der Sache zustehenden Dienstbarkeiten durch utiles confessoriae actiones geltend zu machen[f], sowie sie denn auch für die Sache Dienstbarkeiten erwerben, und an derselben, so weit ihr Recht sich erstreckt, Andern einräumen können[g]. Als dingliche Nutzungsrechte können auch die Emphyteusis und Superficies Gegenstand des Besitzes (iuris quasi possessio) sein (§. 129), welcher durch Erlangung des natürlichen Besitzes der Sache, mit der Absicht, das Recht der Emphyteuse oder Superficies daran auszuüben, erworben wird[3]. Uebrigens sind beide noch als praktische Institute des gemeinen Rechts anzuerkennen, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Emphyteuse im römischen Sinn selten vorkommt, und deren Normen häufig unberechtigter Weise auf andre nur verwandte Rechtsverhältnisse angewendet worden sind[4], die Superficies aber, wo

[a] Dig. si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur. 6. 3. Cod. de emphyteutico iure. 4. 66. [b] Dig. de superficiebus. 43. 18. [c] L. 1. §. 1. D. si ager vectig. 6. 3. L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. — L. 2. D. de superficieb. 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. [d] §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. Gai. III. 145. — L. 1. §. 1..3. D. de superfic. 43. 18. [e] L. 1. §. 1. D. si ager vectig. 6. 3. — L. 1. pr. §. 1. 3. D. de superfic. 43. 18. L. 73. §. 1..L. 75. D. de rei vind. 6. 1. [f] L. 16. D. de serv. 8. 1. — L. 1. §. 9. D. de superfic. 43. 18. [g] L. 1. §. 6. 9. D. 43. 18. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.

sie vorkommt, der praktischen Auffassung sich einfach als Eigenthum an dem Gebäude oder einem Theile desselben darstellt.

Anm. 1 Die ältere Ansicht von einem sogenannten dominium utile des Emphyteuta und Superficiar ist mit Erfolg widerlegt von Thibaut Vers. II. 3. (§. 134. A.), die Annahme eines wahren Eigenthums des Emphyteuta (Savigny Recht des Besitzes 2. Ausg. S. 99 fg., [anders später; vgl. 7. Aufl. S. 118. A. 4.]) ebenfalls von jenem in den civ. Abhandl. Nr. XI. Einen wesentlichen Unterschied der Emphyteuse und Superficies von den Servituten hat man darin finden wollen, daß bei jenen Eigenthumsbefugnisse nur der Ausübung, nicht dem Rechte nach, nicht als „ein eigenes Recht“ einem Andern eingeräumt seien. Büchel Erörtr. [1. Aufl. Nr. III. S. 22 fg.] 2. Ausg. Bd. I. S. 304 fg., ähnlich Elvers §. 34. Vgl. dagegen Arndts über die Natur des emphyteutischen Rechts in Linde's Ztschr. n. F. III. 7. (civ. Schr. I. 21.) Kuntze in der Heidelb. Ztschr. II. S. 263. Windscheid 4. Aufl. §. 218. Brinz 2. Aufl. §. 202..205.

2 Ueber den Ursprung der Emphyteuse vgl. Vuy de orig. et natura iuris emphyteutici Rom. 1838. Puchta Inst. II. §. 245.; über den Ursprung der Superficies: Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XI. 7. Degenkolb in der Ztschr. für Rechtsgesch. IV. S. 474 fg. [vgl. Lenel in der Ztschr. f. Rechtsgesch. XIV. Rom. Abth. S. 91 fg., der vorschlägt, in L. 1. §. 1. D. de superf. 43. 18. für „locati“ zu lesen: „locator“ oder „locator ei“.] — Für die Emphyteuse oder das Recht am ager vectigalis nimmt Büchel a. a. O. civilrechtlichen Ursprung an. Dagegen Arndts a. a. O. S. 280 (272) fg. Eine neue Ansicht über die historische Entwickelung bei Dankwardt in der Abh. „das Precarium und die Emphyteuse“, (vgl. §. 173. A. 8.) §. 30 [recte: 31.] „Umwandlung des Precariums in Emphyteusen“, §. 32. „Errichtung ursprünglicher Emphyteusen.“ [Vgl. auch Matthiaß die röm. Grundsteuer und das Vectigalrecht. 1882. Drbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. X. S. 192 fg.]

3 Dem Besitzer der Superficies legten Manche, dem der Emphyteuse bis zur neuesten Zeit fast Alle (hauptsächlich wegen L. 15. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. „Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum, agrum possidet, possessor intelligitur“) juristischen Besitz der Sache selbst (corporis possessio) bei, wodurch denn ein selbständiger Rechtsschutz des Eigenthumsbesitzes ausgeschlossen sein würde. Beides ist so unbegründet, als praktisch unangemessen. Vgl. Arndts civ. Schr. I. 22. (oben §. 135. A. 8.). Thibaut Pand. §. 208. Dernburg Abh. [aus dem Gebiete des gem. u. franzöf. Civil- u. Proc.-R. 1849.] S. 80 fg., auch Rudorff zu Puchta §. 125. not. d. und Brinz 1. Aufl. S. 79 fg. (2. Aufl. §. 203. Nr. 1.). Dagegen freilich noch Böcking Inst. I. §. 126. A. 6., aber, wie es scheint, nicht ohne „Mißverständnisse“. Allerdings ist in dem §. 135. angeführten Aufsatz über den Besitz der Emphyteuse nicht nachgewiesen worden, daß die römischen Rechtsquellen den Emphyteuta als iuris quasi possessor darstellen, wohl aber a) daß diese auch keinen einzigen haltbaren Grund darbieten, denselben als juristischen possessor corporis anzusehen, daß namentlich L. 15. §. 1. cit. durchaus kein Argument dafür gebe, b) daß der Begriff des Rechtsbesitzes an sich auch auf die Emphyteuse anwendbar und zugleich vollkommen ausreichend sei, wenn nur damit die Besitzklagen analog wie mit dem Quasibesitz des Ususfructus verbunden werden, daß dagegen c) nach der herrschenden Ansicht für den (wirklichen oder thatsächlich als solchen sich darstellenden) dominus emphyteuseos jeder Besitzesschutz

wegfalle und dieser also nicht einmal desselben Schutzes sich erfreue, wie z. B. heutzutage der (Quasi-)Besitzer eines Zehnt- oder Grundzinsrechts, wenn man sich nicht herbeilasse, nun jenem auch anstatt der ihm mangelnden corporis possessio, wie diesem, eine iuris (sc. dominii emphyteuseos) quasi possessio beizulegen, und so zwar nicht die Emphyteuse, dafür aber das dominium emphyteuseos mit jenen germanischen Rechten zusammenzustellen. Hingegen wieder Böcking Pand. 5. Aufl. II. §. 82. Note 1., seiner Auffassung des animus possidendi gemäß (vgl. §. 135. A. 4.); aber zustimmend Windscheid §. 154. A. 7. Rudorff zu Savigny Anh. Nr. 37. Randa Besitz S. 17 fg. (3. Aufl. S. 27 fg.) A. 30. Förster III. S. 19 fg. S. 27. [Wächter Pand. II. S. 270.] Bezüglich der Superficies vgl. Wächter Superficiarrecht (§. 200. A. 1.) §. 6. Dankwardt a. a. O. §. 35. legt dem Emphyteuta wie dem Precaristen corporis possessio und somit die possessorischen Interdicte bei, diese aber gegen Dritte auch dem dominus.

4 Die heutige Anwendbarkeit der Lehre von der Emphyteuse wird vielfach in Zweifel gezogen. Puchta §. 174 a. E. Sintenis §. 55. Nr. I. Aber nicht nur ist die Möglichkeit der Begründung einer römisch-rechtlichen Emphyteuse durch Vertrag nach gemeinem Recht unzweifelhaft (ein Fall der Art aus jüngerer Zeit hat dem Spruchcollegium in Bonn vorgelegen), sondern es ist auch gewiß, daß manche, namentlich kirchliche Emphyteusen aus älterer Zeit noch bis zu unserer Zeit fortbestanden haben. Auch französische Juristen halten sie noch für möglich (Toullier droit civil III. §. 101.) und das französische Finanzministerium erklärte durch Decret vom 7. Frimaire des Jahres XIV. die in den Rheinischen Departements noch bestehenden Emphyteusen, unter Hervorhebung einiger eigenthümlich römischer Bestimmungen, namentlich des Privationsrechts wegen dreijähriger Nichtbezahlung des Canons (§. 199.), ausdrücklich für fortdauernd gültig. Daniels Hdb. der für die k. preuß. Rheinprovinzen verkündigten Gesetze Bd. IV. S. 613. 614. Die Kenntnis der römisch-rechtlichen Theorie ist übrigens schon deßhalb nothwendig, weil sie praktisch vielfachen Einfluß auf verwandte Verhältnisse ausgeübt hat. Windscheid §. 218. Dankwardt a. a. O. §. 43.

## I. Von der Emphyteusis insbesondere.

### §. 196.

### A. Begriff. Rechte des Emphyteuta.

Die Emphyteusis ist das dingliche, vererbliche und veräußerliche Recht an fremdem Grund und Boden auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung, nur mit der Beschränkung, daß die Sache nicht verschlechtert werde, und unter der Verpflichtung, an den Eigenthümer eine gewisse Abgabe (Canon) zu entrichten. Der Berechtigte heißt Emphyteuta oder Emphyteuticarius, der Eigenthümer dominus emphyteuseos, das Grundstück fundus (ager, praedium) emphyteuticus oder emphyteuticarius oder vectigalis. Man unterscheidet kirchliche und weltliche Emphyteusen, je nachdem das Eigenthum des Grundstücks zum Kirchengut gehört, oder dasselbe einen weltlichen Eigenthümer hat, sei

es ein Privatmann oder der Regent oder eine juristische Person[a]. Der Emphyteuta hat das Recht, die Sache nebst deren Accessionen vollständig, gleich dem Eigenthümer, zu nutzen[b], und erwirbt die natürlichen Früchte derselben sofort durch deren Trennung von der Hauptsache[c]; er darf auch beliebige Aenderungen an dem Grundstück vornehmen, sofern es nur dadurch nicht verschlechtert wird[d]. Das Recht selbst kann er veräußern[e], also auch durch Vermächtniß einem Andern zuwenden[f], und von selbst geht dasselbe auf die Erben des Emphyteuta über[g], auch kann es, aus gleichen Gründen wie andere veräußerliche Vermögensgegenstände, wider Willen des Berechtigten auf einen Andern übertragen werden[h]. Zum Schutz seines Rechts hat der Emphyteuta eine utilis rei petitio, vectigalis actio genannt, gegen jeden, der ihm den Besitz des Grundstücks vorenthält[i], auch als Publiciana actio dem redlichen Erwerber zuständig[k], desgleichen auch utilis negatoria und confessoria in rem actio nach Analogie des Eigenthümers[l], und ebenso werden ihm gleich diesem auch andere Klagen eingeräumt, welche die Abwendung oder Aufhebung von Beeinträchtigungen des Grundstücks bezwecken[m]. Der Besitz der Emphyteuse aber ist in gleicher Weise wie der Eigenthumsbesitz durch Interdicte geschützt[n]. Auf den im emphyteutischen Grundstück gefundenen Schatz hat der Emphyteuta keinen Anspruch, es sei denn als Finder[o]. Eine Emphyteuse kann übrigens auch Mehreren gemeinschaftlich zustehen, soll aber nicht ohne Zustimmung des Eigenthümers reell unter diesen getheilt werden[p].

Anm. 1 Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Arndts die Emphyteuse, im Rtslex. III. S. 849..884. (civ. Schr. I. 20.) vgl. §. 195. A. 1..3. Schmid Hdb. II. §. 20..25. Windscheid 4. Aufl. §. 219..222. Dankwardt a. a. O. §. 30 bis 43. [Wächter §. 164.]

2 Streitfrage: ob der Gegenstand der Emphyteuse ein praedium rusticum sein

a L. 1. D. h. t. 6. 3. L. 1. Cod. h. t. 4. 66. L. 2. Cod. ne rei domin. 7. 38. cf. L. 1. 5. 7. 12. Cod. de fundis patrimonialibus. 11. 62 (61). L. 5. Theod. Cod. de locatione fundorum iuris emphyteutici et reipublicae et templorum. 10. 3. b §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. c L. 25. §. 1. i. f. D. de usuris. 22. 1. (§. 156.) d Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 6. e §. 3. J. cit. L. 1. Cod. de fundis patrimon. 11. 62 (61). L. 3. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. cf. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. L. 31. eod. — §. 195. not. g. f L. 71. §. 5. 6. D. de legat. I. g L. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 1. pr. D. h. t. Nov. 120. cap. 6. §. 1. cf. cap. 1. pr. §. 2. cap. 5. pr. eod. Nov. 7. cap. 3. h L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3. L. 15. §. 26. D. de damno inf. 39. 2. i L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 15. §. 26. cit. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. k L. 12. §. 2. D. de publ. act. 6. 2. l L. 16. D. de serv. 8. 1. (§. 196. not. e. f.) m L. 23. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 5. §. 2 (3). D. arb. furt. caes. 47. 7. cf. L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. — L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. n arg. L. 3. §. 13..17. L. 9. §. 1. D. de vi. 43. 16. L. 4. D. uti possid. 43. 17. o cf. L. 1. pr. §. 3. D. de loco publico fruendo. 43. 9. p L. 7. pr. D. comm. div. 10. 3.

müsse? oder auch ein praedium urbanum, ein Gebäude als Hauptsache, sein könne? Nov. 7. cap. 3. Nov. 120. cap. 1. §. 2. Vgl. Arndts a. a. O. S. 853 (214) fg. Schmid §. 20. A. 11.

## §. 197.

## B. Verbindlichkeiten des Emphyteuta.

Der Emphyteuta ist verpflichtet 1) das emphyteutische Grundstück durch angemessene Cultur und Reparatur in gutem Stand zu erhalten und sonst alle auf demselben haftenden Lasten zu tragen[a]; 2) die festgesetzte Abgabe (Canon, pensio, vectigal) an den Eigenthümer zu gehöriger Zeit zu entrichten, ohne wegen zufälliger Verschlechterung oder theilweisen Untergangs des emphyteutischen Grundstücks, geschweige denn wegen Schmälerung des Fruchtertrags eines Jahres durch besondere Unglücksfälle einen Nachlaß davon begehren zu können[b]; 3) jede Veräußerung seines Rechts dem Eigenthümer zuvor anzuzeigen, und zwar bei beabsichtigtem Verkaufe mit Angabe der Verkaufsbedingungen; denn der Eigenthümer ist im letzten Falle berechtigt, innerhalb zwei Monaten unter gleichen Bedingungen selbst die Emphyteuse an sich zu kaufen (Vorkaufsrecht), und muß überall um seine Zustimmung zu der beabsichtigten Veräußerung angegangen werden, die er wegen gegründeter Einwendung gegen die Person des neuen Emphyteuta versagen kann, für deren Ertheilung dagegen und die Annahme des neuen Emphyteuta, die innerhalb zweier Monate nach ergangenem Gesuch durch eine schriftliche Urkunde oder durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll oder vor einem Notar erfolgen soll, demselben das sog. Laudemium (Handlohn, Lehnwaare) zu zahlen ist, bestehend in zwei Procent (quinquagesima pars) des Kaufpreises, oder, bei andern Veräußerungen, des durch Schätzung ausgemittelten Werthes der Emphyteuse[c]. Durch besondere Bestimmung können diese Verbindlichkeiten des Emphyteuta, sowie andrerseits die Rechte desselben, theilweise modificirt, erweitert oder beschränkt werden, aber die Verpflichtung zur Zahlung eines Canon ist wesentlich zum Dasein des emphyteutischen Rechtsverhältnisses[d].

Anm. In Betreff einzelner Punkte dieses §., namentlich über den Nachlaß am Canon (not. b.) und über die Vorschrift rücksichtlich der Veräußerung gibt es manche Meinungsverschiedenheiten. Vgl. darüber Arndts a. a. O. S. 862..867 (223..229). Schmid S. 30..39. Auch den Canon erklärt für nicht wesentlich Windscheid §. 220. A. 4. In den Quellen aber kommt eine Emphyteuse ohne Canon nicht vor.

[a] L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. [b] L. 1. Cod. h. t. §. 3. J. l. c. cf. L. 15. §. 4. D. locati. 19. 2. [c] L. 3. Cod. h. t. [d] §. 3. J. l. c. L. 1. 3. Cod. h. t.

## §. 198.

## C. Entstehung der Emphyteuse.

Die Emphyteuse wird vorzüglich durch Vertrag mit dem Eigenthümer begründet. Dieser Vertrag, contractus emphyteuticarius genannt[a], erzeugt zugleich ein obligatorisches Verhältniß, aus welchem für beide Theile die sog. emphyteuticaria in personam actio hervorgeht, und das dingliche Recht der Emphyteuse, welches durch die vectigalis in rem actio geschützt ist[b]. Er bedarf schriftlicher Abfassung bei Errichtung kirchlicher Emphyteusen[c], bei andern nur zur Gültigkeit besonderer von der allgemeinen Regel des emphyteutischen Verhältnisses abweichender Verabredungen[d]. Die vertragsmäßige Bestellung kann auch hier durch richterliche Verfügung ersetzt werden, wodurch ein auf Bestellung einer Emphyteuse gesprochenes Urtheil vollstreckt wird (§. 188, 2). Außerdem kann das Recht der Emphyteuse durch Vermächtniß und durch Ersitzung, wenigstens durch dreißig- oder vierzigjährige, entstehen[e].

Von der Entstehung der Emphyteuse ist der Erwerb einer bestehenden zu unterscheiden. Dieser kann sich, abgesehen von der Vererbung, auf eine gesetzliche Veräußerung von Seiten des bisherigen Emphyteuta oder in dessen Namen, also auch auf ein Vermächtniß, gründen, oder auch durch richterliche Verfügung bewirkt werden[f].

Anm. Auch hier ist Vieles streitig, namentlich 1) die Errichtung durch Vertrag betreffend: a) ob der Vertrag allein hinreiche oder auch Tradition erforderlich sei? b) ob der Vertrag nicht immer schriftlich abgefaßt sein müsse? 2) ob durch Vermächtniß das dingliche Recht der Emphyteuse unmittelbar entstehen könne? 3) ob durch Ersitzung und durch welche Art derselben? und zwar a) wenn Jemand den Besitz der Emphyteuse bona fide durch Einräumung eines Nichteigenthümers erhalten? b) wenn der Eigenthümer die Emphyteuse factisch anerkannt und der Besitzer sich bona fide als Emphyteuta gerirt hat? c) wenn der Eigenthümer factisch als Emphyteuta einen Andern, der bona fide sich für den Eigenthümer hält, als solchen anerkannt hat? 4) ob der redliche Erwerb des Besitzes eines bestehenden emphyteutischen Rechts Ersitzung zur Folge haben könne? Vgl. über die verschiedenen Meinungen Arndts a. a. O. S. 868..878 (229..240). Schmid S. 6..16. Für die Ersitzung neuerdings Francke im civ. Arch. XLIV. 6. Vgl. auch Windscheid §. 221. A. 6..8a. Dieser tadelt es, daß man in dem Falle unter Nr. 4. von Uebergang einer bestehenden Emphyteuse rede, mit Recht, in sofern als hier kein Successionsfall vorliegt und das durch Ersitzung erworbene Recht von dem Rechte irgend welchen Vorgängers unabhängig ist. Aber derselbe geht doch zu weit, wenn er sagt, daß zwischen diesem Fall und dem unter Nr. 3.

[a] L. 1. Cod. h. t. 4. 66. (Zeno.) cf. §. 3. J. de locat. cond. 3. 24. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. 6. 3. [c] Nov. 120. cap. 6. §. 2. [d] L. 1. Cod. h. t. [e] arg. L. 12. in f. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. L. 8. §. 1. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. [f] L. 7. pr. D. commun. div. 10. 3. L. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 15. §. 26. D. de damno inf. 39. 2.

durchaus kein juristischer Unterschied stattfinde; ein Unterschied liegt doch immer darin, daß dort der Erwerber in ein Rechtsverhältniß von gleichem Inhalt, wie es bisher für einen andern bestand, eintritt und lediglich nur, wie in einem Successionsfall, ein Wechsel der Subjecte eintritt, und das ist keineswegs juristisch unbedeutend, z. B. wenn es sich um nähere Bestimmung der Rechte und Pflichten des Emphyteuta nach dem ursprünglichen Begründungsact handelt. Dagegen bemerkt Windscheid in der 2. Aufl. mit Wächter, „daß für die Wirkung der Ersitzung nichts Anderes maßgebend sei, als das Verhältniß während der Ersitzung". Für dieses Verhältniß aber kann es doch bestimmend sein, daß der Besitzer nur eben der rechte Nachfolger in einem bestehenden emphyteutischen Rechtsverhältniß zu sein glaubte.

## §. 199.

## D. Aufhebung der Emphyteuse.

Das Recht der Emphyteuse wird aufgehoben 1) durch die allgemeinen Endigungsgründe aller dinglichen Rechte (§. 127, 128) oder der iura in re aliena insbesondere, als namentlich durch Confusio oder Consolidatio (§. 194 not. c. d.); 2) durch Aufgeben des Rechts von Seiten des Berechtigten; 3) wenn die Emphyteuse mit einer Zeitbeschränkung bestellt war, durch Ablauf der Zeit; 4) durch den Tod des Emphyteuta, wenn derselbe keine Erben hinterläßt; 5) durch Verjährung, sei es, daß der Eigenthümer selbst das Gut die Ersitzungszeit hindurch in gutem Glauben als ein freies besessen habe, oder ein dritter das volle Eigenthum des Gutes durch Ersitzung erwerbe; 6) durch Entsetzung des Emphyteuta, Privation, wegen Verletzung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten.

Diese aber kann stattfinden a) wegen erheblicher Verschlechterung des emphyteutischen Gutes[a], b) wegen dreijähriger, bei kirchlichen Emphyteusen wegen zweijähriger ungerechtfertigter Nichtzahlung des Canon[b], desgleichen c) wegen dreijähriger Nichtentrichtung der auf dem Gute haftenden Abgaben[c], d) wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften in Betreff der Veräußerung[d]. Aus diesen Gründen kann der Eigenthümer auf Entsetzung des Emphyteuta klagen (sog. Privationsklage), wenn er nicht gleichwohl in die Fortdauer des emphyteutischen Verhältnisses, ausdrücklich oder stillschweigend, eingewilligt hat. Macht der Eigenthümer von seinem Rechte Gebrauch, so ist die Emphyteusis als vom Eintritt des Privationsgrundes an erloschen zu behandeln; die bis dahin bereits begründeten Ansprüche, namentlich auf Zahlung des rückständigen Canon und auf Ersatz wegen Verschlechterung kann jener

[a] Nov. 120. cap. 8. [b] L. 2. Cod. h. t. 4. 66. Nov. 7. cap. 3. §. 2. Nov. 120. cap. 8. — can. 2. §. 7. C. 10. qu. 2. Cap. 4. X. de loc. cond. 3. 18. [c] L. 2. Cod. h. t. Nov. 7. l. c. cf. cap. 4. X. de locat. cond. 3. 18. [d] L. 3. §. 6. (L. 3. i. f.) Cod. h. t. §. 197. Nr. 3.

nichtsdestoweniger, wie in andern Fällen der Erlöschung, noch geltend machen. Die Früchte gebühren von Zeit der Erlöschung an dem Eigenthümer.

Anm. Streitig ist u. a.: a) ob der Emphyteuta auch wider Willen des Eigenthümers durch Dereliction von dem emphyteutischen Rechtsverhältniß sich lossagen könne? Für die bejahende Meinung: Arndts a. a. O. S. 878 (241). Schmid S. 43. A. 9. vgl. auch Bacher in d. dogm. Jahrb. V. S. 253 fg.; dagegen neuerdings Windscheid §. 222. A. 3. Aber auch hier, wie beim Ususfructus, ist zu behaupten, daß durch die Dereliction das Recht noch nicht verloren gehe, so lange der Eigenthümer den Verzicht nicht angenommen hat; auch kann die Dereliction den Emphyteuta nicht seiner Verbindlichkeiten für die Vergangenheit, insbesondere nicht der Ersatzverbindlichkeit wegen Verschlechterung entbinden. (Besondere Bestimmung für kaiserliche Patrimonialgüter? L. 3. 7. Cod. de fund. patrimon. 11. 62 (61); darüber Böcking Pand. II. §. 85. A. 6. „Irrig ist, daß die jetzt des Objects wegen unanwendbare L. 3. einseitiges Aufgeben der Emph. untersage . . .; die Stelle tritt der Verweigerung des Canon wegen Desertheit des Grundstücks entgegen.") b) Wiefern durch Verjährung die Emphyteuse erlösche? Arndts S. 879 (241) fg. Schmid S. 43 . . 45. Windscheid §. 222. Nr. 3. „durch Nichtausübung von Seiten des Berechtigten nach den für den Verlust des Nießbrauchs durch Nichtausübung geltenden Regeln." [Aber vgl. Windscheid 4. und 5. Aufl. a. a. O.: „. . . nicht durch bloße Nichtausübung von Seiten des Berechtigten, sondern durch Ersitzung der Freiheit von Seiten des Gegners."] c) Wann und wiefern der Eigenthümer nach Erlöschung der Emphyteuse Ersatz für die Verbesserungen zu leisten habe? Jedenfalls nicht im Falle der Privation: L. 2. §. 1. (L. 2.) Cod. h. t. Nov. 120. cap. 8. Vgl. übrigens Arndts S. 883 (245. 246.). Schmid S. 30. not. 1. — Was den Erlöschungsgrund unter Nr. 3. betrifft, so würde er wegfallen, wenn richtig wäre, was Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XVII. S. 5 fg. XX. S. 175 fg. behauptet, daß Emphyteuse und Superficies auf Zeit nicht bestellt werden können. Aber dagegen L. 3. D. h. t. Nov. 7. cap. 3. Arndts a. a. O. S. 849 (210). A. 5. S. 883 (246). A. 163.

## §. 200.

## II. Von der Superficies.

Die Superficies ist ein vererbliches und veräußerliches dingliches Recht[1] auf vollständige eigenthumsgleiche Benutzung eines auf fremdem Boden bestehenden, daher auch in fremdem Eigenthum befindlichen Gebäudes[a], oder auch eines bestimmten Theils eines solchen Gebäudes[2], z. B. eines Stockwerks[b]. Dasselbe kann durch Vertrag[c] oder durch Vermächtniß[d] eingeräumt werden, auch an einem erst zu errichtenden Gebäude, indem der Boden zu diesem Zwecke vorbehaltlich des Eigenthums überlassen wird[e]. Der Vertrag kann Schenkung, Kauf,

[a] Dig. de superficiebus. 43. 18. L. 86. §. 4. D. de legat. I. L. 19. pr. D. de damno inf. 39. 2. cf. L. 49. D. de V. S. [b] L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. [c] L. 1. §. 1. D. h. t. [d] arg. L. 86. §. 4. cit. [e] L. 2. D. h. t.

Tausch u. dgl., oder auch Miethe (auf immer oder auf lange Zeit) sein[f]. Aber auch Entstehung durch richterliches Erkenntniß und Erwerb durch Ersitzung ist hier in analoger Weise wie bei der Emphyteuse anzunehmen[3]. Der Superficiar hat, gleich dem Emphyteuta, freie Verfügung über den Gegenstand seines Rechts, d. i. das Gebäude, sowie über das Recht selbst[g], und zwar ohne die Beschränkungen, welchen der Emphyteuta nach §. 197 in dieser Beziehung unterworfen ist. Er ist dagegen auch verpflichtet, die auf der Sache haftenden Abgaben zu entrichten[h]. Ob er außerdem noch zu einer Leistung, insbesondere zur Zahlung eines Bodenzinses, solarium, pensio[i], verbunden sei, hängt von dem Inhalt des die Superficies begründenden Rechtsgeschäftes ab. Zur Geltendmachung seines Rechts hat er utilis rei vindicatio[k], auch negatoria und confessoria in rem actio, beziehungsweise Publiciana actio[l], und andere dem Eigenthümer zustehende Klagen[m]. Zum Schutz des Rechtsbesitzes besteht, außer den auch hier anwendbaren recuperatorischen Interdicten[n], ein eigenes *interdictum de superficiebus*, analog dem interdictum uti possidetis[o]. Geendigt wird das Recht der Superficies aus gleichen Gründen, wie die Emphyteuse nach §. 199, 1..5. Ist der Superficiar zur Zahlung eines Grundzinses verpflichtet[4], so kann der Eigenthümer, wie bei andern Miethverträgen[p], wegen zweijährigen Rückstandes Entsetzung des Superficiars verlangen[5], und hat jedenfalls vor allen Gläubigern desselben Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung aus dem Werthe der Superficies[q].

Anm. [1] In L. 86. §. 4. D. de leg. I. wird die Superficies auch servitus genannt. Unbedeutend und zum Theil ganz verkehrt ist, was daraus Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XX. 10. ableitet. — Ueber die ganze Lehre Schmid a. a. O. §. 25..28. S. 57..85. vgl. oben §. 195. A. 8., dazu Zaun im civ. Arch. XLIII. S. 220 fg. Eine ausführliche Entwickelung der Lehre von der Superficies hat seitdem Wächter in 5 Programmen 1866..1868 geliefert, welche nunmehr überarbeitet in den Abhandlungen der Leipziger Juristen-Fakultät Bd. I. die erste Stelle einnimmt, unter dem Titel: „das Superficiar- oder Platzrecht", und zwar Theil I.: „gemeines Recht" S. 1..123., Theil II.: „die Gesetzb. von Preußen und Oesterreich und die neueren Gesetzbuchentwürfe" S. 124..140., Theil III.: „das Recht des Königreichs

[f] L. 1. §. 3. D. h. t. [g] L. 1. pr. §. 6. 7. 9. D. h. t. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 13. §. 3. D. de pign. 20. 1. — L. 10. D. fam. erc. 10. 2. [h] arg. L. 1. §. 6. D. h. t. L. 7. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 39. §. 5. D. de legat. I. L. 9. §. 4. D. de damno inf. 39. 2. [i] L. 15. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 74. D. de rei vind. 6. 1. [k] L. 1. §. 3. 6. D. h. t. L. 73. §. 1. L. 74. 75. D. de rei vind. 6. 1. [l] L. 12. §. 3. D. de Publ. act. 6. 2. [m] L. 3. §. 3. D. de op. n. n. 39. 1. L. 13. §. 8. L. 39. §. 1. D. de damno inf. 39. 2. L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. [n] L. 1. §. 3. D. de vi. 43. 16. [o] L. 1. pr. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 3. §. 7. D. uti possid. 43. 17. [p] L. 54. §. 1. L. 56. D. locati. 19. 2. [q] L. 15. D. qui pot. 20. 4. cf L. 17. D. de pign. act. 13. 7.

Sachsen" S. 141 .. 248. [vgl. Pand. §. 165.] Inzwischen war noch erschienen: Platzrecht und Miethe, Beitr. zu ihrer Geschichte und Theorie, von Degenkolb. 1867.

[2] Superficies an einem Keller: Seuffert's Arch. VI. 152. — Ob auch an andern Gegenständen, außer Gebäuden [Bäumen] (arg. L. 13. pr. D. de s. p. r. 8. 3.)? Dagegen Schmid S. 61. A. 11., dafür Wächter a. a. O. §. 7. Windscheid §. 223. A. 20.

[3] Dafür auch hier Francke im civ. Arch. XLIV. 6. Wächter a. a. O. §. 11. Windscheid §. 223. A. 14.

[4] Für wesentlich hält dies Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XIX. 19. XX. S. 176., auch Degenkolb a. a. O. S. 29. Dagegen Wächter a. a. O. S. 63 .. 79.

[5] Dagegen jedoch Wächter a. a. O. §. 9. Windscheid §. 220. A. 5. §. 223. A. 17. Sie gehen von der Ansicht aus, daß der Vertrag, durch welchen das dingliche Recht der Superficies eingeräumt wird, auch dann, wenn als Gegenleistung für die Benutzung ein Zins bedungen ist, doch nicht unter den Regeln des gewöhnlichen Miethvertrages stehe, und halten daher die Bestimmung der L. 54. D. locati. 19. 2. nicht für anwendbar darauf. Allein nach L. 1. §. 1. D. h. t. kann unzweifelhaft aus solchem Vertrage, wie die actio conducti, so auch die actio locati hervorgehen, und fehlt es an genügendem Grunde, dabei die Anwendung der L. 54. cit. auszuschließen. Der Umstand, daß hier ein dingliches Recht gewährt wird, berechtigt nicht dazu; wenn nach heutigem Particularrecht dem Miether durch Eintrag im Grundbuch ein dingliches Miethrecht erworben werden kann, so wird dadurch sonst in den Wirkungen des Miethvertrags nichts geändert werden. Wahrscheinlich hatte auch bei der Emphyteuse das Privationsrecht wegen Nichtzahlung des Canon (§. 199. not. b.) seinen Ursprung in jenem bei dem Pachtvertrage geltenden Rechtssatze; nur hat hier Justinian eine Frist von 3 Jahren festgesetzt und diese später nur für kirchliche Emphyteusen auf 2 Jahre herabgesetzt.

# Arndts'

# Lehrbuch der Pandekten.

---

## Zweite Abtheilung.

### Drittes Buch.

## Von den Obligationen.

# Drittes Buch.

# Von den Obligationen.

---

## Erstes Capitel.

### Von den Obligationen überhaupt.

### I. Wesen und Inhalt der Obligationen[a].

### §. 201.
### A. Begriff.

Obligatio heißt ein Rechtsverhältniß, welches darin besteht, daß eine Person (**Gläubiger**, creditor) ein Recht hat **auf eine Handlung** einer bestimmten andern Person (**Schuldner**, debitor), diese also jener verpflichtet ist zu einer Handlung[b], die einen Vermögenswerth in sich schließt oder sich darauf zurückführen läßt[c]. Das Wort „Obligatio" bezeichnet sowohl einerseits das Recht des Gläubigers, die Forderung[d], als andererseits die entsprechende Verbindlichkeit des Schuldners[e], so wie das ganze Rechtsverhältniß[f] von beiden Seiten betrachtet (Schuldverhältniß). In der Forderung liegt eine Mehrung des Vermögens für den Gläubiger, wie in der Verbindlichkeit (Schuld) eine Minderung desselben für den Schuldner, insofern es ein sachlicher Werth ist, auf den die eine wie die andere sich richtet, wenngleich dasjenige, was diesen Werth darstellt, noch nicht wirklich aus dem Vermögen des letztern ausgeschieden und in das Vermögen des andern übergegangen ist.

[a] Inst. de obligationibus. 3. 13. Dig. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Cod. de obligationibus et actionibus. 4. 10. [b] pr. J. h. t. L. 3. pr. D. h. t. [c] L. 9. §. 2. i. f. D. de statulib. 40. 7. [d] rubr. J. per quas personas nobis obligatio acquiritur. 3. 28. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. §. 5. D. de reb. cred. 12. 1. u. a. [e] L. 5. 21. 49. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. u. a. [f] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. L. 1. pr. D. h. t. u. a.

Anm. [1] Besondere Bearbeitungen der Lehre von den Obligationen: Bucher das Recht der Forderungen. 1815. 2. Aufl. 1830. Unterholzner quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, hrsgeg. von Huschke, 2 Bde., 1840. Savigny das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. 2. 1851. 1853. (zu Bd. 1. Brinz krit. Blätter Nr. 3. u. 4. Scheurl in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 496 fg.). [Ryck die Lehre v. d. Schuldverhältnissen nach gem. deutschen R. Mit Rücks. auf partik. u. fremdländ. Gesetzg. 1883. Bisher Heft I. (drbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. XI. S. 442 fg. Dazu ebenda S. 650 fg.)] Vgl. auch Molitor les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français, 3 tomes. Gand. 1851..1853. Koch das Recht der Forderungen nach preuß. Rechte, in Vergleichung mit dem gemeinen, 3 Bde. Breslau 1836..1843. 2. Aufl. 1858. 1859., dazu Förster preuß. Privatr. I. II. §. 61..155. (vor den dinglichen Rechten, III. §. 156..200.). Ruggieri de obligationibus praelect. ad pand. Romae 1872. [Dernburg Preuß. Priv.R. 2. Bd. 1878; (drbr. Steinlechner in d. Wiener Ztschr. VI. S. 240 fg.) 2. Aufl. 1880. Brinz Pand. 2. Aufl. 2. Bd. 1. Abth. 1879. 2. Abth. 1882. Hasenöhrl d. österr. Obl.R. in system. Darst. 1. Bd. 1. Abth. 1878. 2. Abth. 1880., drbr. Strohal in d. Wien. Ztschr. IX. S. 85 fg.]

[2] L. 3. pr. D. h. t. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. [Vgl. oben §. 145. A. 1. Ob das R. R. obligatorische, mit dinglicher Kraft ausgerüstete Verhältnisse kenne? Jhering dog. Jahrb. X. S. 544 fg. Dagegen Burckhard d. a. aquae pluv. arc. (Forts. v. Glück) S. 322 fg. — Vgl. auch O. Mayer d. dingliche Wirkung der Oblig. 1879.] Ueber den Begriff der Obligatio vgl. mit den in A. 1. angeführten Schriftstellern noch insbesondere Kuntze die Obligation und die Singularsuccession. 1856. §. 1..6. (Dworzak in d. krit. Ueberschau IV. S. 47 fg.), Ziebarth die Realexecution und die Obligation, Halle 1866. S. 23 fg. Neuner Rechtsverhältnisse. S. 63 fg. Brinz Pand. (1. Aufl.) §. 88. 89. §. 124..126. Windscheid Pand. §. 250. 251. Sintenis 3. Aufl. II. §. 82. Brinz der Begriff Obligatio, in der Wiener Ztschr. I. 2. [Pand. 2. Aufl. II. §. 206..217.] G. Hartmann d. Obligation, Unters. über ihren Zweck und Bau, 1875. (drbr. Bekker in d. Jen. Ltztg. 1875. Nr. 46., Scheurl krit. Vjschr. XVIII. S. 481 fg. Steinlechner in d. Wiener Ztschr. III. S. 715 fg.) [Vgl. auch Thon Rechtsnorm und subj. Recht S. 191 fg. 300 fg. Sohm der Begriff des Forderungsrechts in d. Wiener Ztschr. IV. S. 457 fg. Dernburg a. a. O. §. 1. 2. Ryck die Obligatio 1878. (drbr. Küntzel in d. Beitr. z. Erl. d. d. R. XXIII. S. 151 fg.) Schey über die Structur der Forderungsrechte, in d. Wiener Ztschr. IX. 7. bes. S. 359 fg. Bierling z. Krit. d. jur. Grundbegr. II. S. 198 fg. Voigt die XII Tafeln II. §. 114. Schultze Privatr. und Proceß I. S. 429 fg.]

[3] Ueber die verschiedenen Bedeutungen des Wortes obligatio: vgl. Hugo im civ. Mag. III. 20. Riedel das. V. 3. Savigny a. a. O. I. §. 3. — Obligatio bedeutet noch a) die Handlung des Obligirens oder obligatorische Begebenheit, z. B. L. 1. §. 3. D. de pact. 2. 14. L. 19. D. de V. S. b) eine Schuldurkunde L. 7. Cod. de non num. pec. 4. 30. (vgl. §. 93. not. c.) c) die Verpfändung einer Sache und das daraus entstehende Rechtsverhältniß, pignoris obligatio im Gegensatz von personalis obligatio, L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6.

## B. Gegenstand.

## §. 202.

### 1) Allgemeine Erfordernisse.

Der Gegenstand der Obligatio ist zunächst eine **Handlung** des Schuldners[a], diese bestehe nun in dem Verschaffen eines gewissen Vermögensobjects oder sonst in einem Thun oder Unterlassen[1]; denn auch das letzte, eine negative Handlung, kann Gegenstand der Obligatio sein[b]. Die Handlung aber muß 1) **möglich** sein[2], sowohl rechtlich[c] als natürlich möglich[d]; doch ist nicht nur eine bedingte Verpflichtung zu gegenwärtig Unmöglichem für den Fall der künftigen Möglichkeit zulässig[e], sondern es kann auch gegenwärtig Jemand zu einer an sich möglichen Leistung, die nur ihm aus individuellen Gründen zu gewähren nicht möglich ist[f], und unter Umständen selbst zu an sich (objectiv) Unmöglichem insofern wirksam sich verpflichten[g], daß er für die Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist. Die Handlung muß 2) eine **erlaubte** sein[h]. Und es muß 3) wenn sie auch nicht an sich und unmittelbar einen Vermögensvortheil des Forderungsberechtigten bezweckt, doch sich ein **vermögensrechtliches** Interesse daran knüpfen, dessen Gewährung den Gegenstand gerichtlicher Verfolgung und Verurtheilung des Verpflichteten abgeben kann[3].

Anm. [1] Ueber die Unterscheidung von Dare, Facere, Praestare (§. 201. A. 2.) vgl. L. 13. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 37. pr. D. de op. lib. 38. 1. Gai. IV. 2. In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus: dare facere praestare oportere. Lex Rubr. cap. 22. „d(are) f(acere) p(raestare) restituereve oportere“. — Marezoll in Linde's Ztschr. X. 8. Puchta Inst. II. [8. Aufl. I.] §. 165. Huschke in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. XIII. S. 249..254. vgl. dessen iurispr. anteiust. ed. 4. ad h. l. und Studemund's Apographum Gaii ibid. [Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 217. 238. Wächter II. §. 167. Kohler vertragsmäßige Beschränkung des Gewerbebetriebs, in Ges. Abh. Nr. 3. S. 62..74.]

[2] L. 185. D. de R. J. Impossibilium nulla obligatio est. Ueber diesen Satz: Ude im civ. Arch. XLVIII. 10. 14. Vgl. L. 31. eod. Quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum [pactum?] efficere possit. Savigny a. a. O. §. 37. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. 1. 1853. Cap. I. II. [Erört. II. S. 87 fg. Note 2.] Wind-

[a] L. 3. pr. D. h. t. cf. §. 201. not. b. [b] L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 50. pr. L. 71. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 83. §. 5. L. 103. D. l. c. L. 29. §. 1. L. 82. pr. L. 98. pr. D. eod. §. 22. J. de inutil. stip. 3. 19. [d] L. 35. pr. L. 69. 97. pr. D. l. c. §. 5. J. de V. O. 3. 15. cf. L. 58. §. 1. D. locati. 19. 2. [e] L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 83. §. 5. eod. L. 34. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. [f] L. 28. D. l. c. L. 34. 137. §. 4. 5. D. de V. O. 45. 1. [g] L. 35. pr. L. 83. §. 7. D. l. c. L. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. [h] L. 26. 27. pr. cf. L. 35. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 15. D. de cond. inst. 28. 7.

scheid §. 315. Zimmermann in d. dogm. Jahrb. XIII. S. 381 fg. Hartmann a. a. O. S. 166 fg. [und in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 417 fg. Hesse im civ. Arch. LXI. S. 258 fg. Dernburg II. §. 23. Brinz 2. Aufl. II. §. 245. 246.]

[3] L. 9. §. 2. D. de statulib. 40. 7. Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt; libertas autem pecunia lui non potest. Vgl. L. 38. §. 17. L. 95. D. de V. O. 45. 1. L. 7. D. de praescript. verb. 19. 5. — L. 54. pr. D. mand. 17. 1. Quum servus extero se mandát emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor *et affectus ratione mandati agetur;* finge filium naturalem vel fratrem esse; *placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.* L. 7. D. de serv. export. 18. 7. (Pap. lib. 10. quaest.) Servus ea lege veniit, ne in Italia esset; quodsi aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emtor. Vix est, ut eo nomine *vindictae ratione* venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam, quam alii promisit, inciderit.. Quodsi ne poenae causa exportaretur (servus), convenit, *etiam affectionis ratione agetur.* L. 6. pr. i. f. §. 1. (§. 1.) eod. (Pap. lib. 27. quaest.) Si quid emtor contra quam lege venditionis cautum est fecisset . . . . Nobis (fecisset . . . ., nobis) aliquando placebat, non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si *pecuniae ratione* venditoris interesset: veluti quod poenam promisisset; ceterum viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur. — Als Gegenstand der Forderung ist in diesen Stellen nur ein Geldinteresse gedacht, wie sich im classischen Recht von selbst daraus ergab, daß die Condemnation im Formularproceß immer auf Geld gestellt wurde. Es wird nur anerkannt, daß zur Begründung einer bonae fidei actio wegen Uebertretung einer Nebenverabredung des Contracts wohl affectionis ratio genüge, nicht vindictae ratio. Ungegründet ist die Beschränkung, welche Puchta §. 220. dabei hinzufügt: „Nur wo die Forderung für den Gläubiger zugleich eine sittliche Pflicht ist, wird auch ein Affectionsinteresse zur Begründung derselben zugelassen.“ Dafür zu sorgen, daß der verkaufte Sklave nicht aus Italien gebracht werde, ist den Römern sicher nie als eine sittliche Pflicht erschienen. Unrichtig erklärt jene Stellen andrerseits Heyer Abh. Gießen 1841. Nr. 1. und in Linde's Ztschr. n. F. III. 1., um zu beweisen, daß ein Vertrag (jedoch nach R. R. nicht die Stipulation) zu Gunsten eines Dritten wohl wirksam sei, nicht zu dessen Nachtheil. Darüber vgl. unten §. 233. A. 1. — Es geht aber aus diesen Stellen hervor, daß es nicht wesentlich darauf ankommt, ob die Erfüllung eines Versprechens dem Andern an sich einen Vermögensvortheil bringt, wenn sich nur aus der Nichterfüllung ein vermögensrechtlicher Anspruch für diesen ableiten läßt. Vgl. Unger der revid. Entw. eines b. G.B. für Sachsen S. 52. und Arndts civ. Schr. III. S. 448. mit Mommsen Beitr. II. S. 126 fg. Windscheid in d. Heidelb. Ztschr. II. S. 538 fg. Eine neue Meinung geht dahin, daß es überall nicht mehr auf ein Vermögensinteresse ankomme, nachdem die Nothwendigkeit der Geldcondemnation schon im Justinianischen Recht weggefallen und heutzutage auch Execution des Urtheils auf ein facere durch indirecte Zwangsmaßregeln zulässig sei. Vgl. vorzüglich Windscheid Pand. §. 251. A. 3. mit Rudorff zu Puchta §. 220. und Ziebarth a. a. O. S. 29 fg. 170 fg. [Thon Rechtsnorm und subj. Recht S. 189.] Dagegen Neuner Rechtsvh.

S. 64 fg. [Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 239. bes. Not. 13.] Daß übrigens der Richter nicht jeder Laune sich dienstbar machen könne, geben auch jene zu, und stellen es daher lediglich in das Ermessen des Richters, ob er ein „berechtigtes Interesse", ohne alles, auch nur mittelbares, Vermögensinteresse, anerkennen wolle. Vielleicht würde doch besser, statt ein so vages Princip aufzustellen, den Privaten überlassen, sich durch ein Strafgeding (§. 211.) vorzusehen, wenn sie sich etwas versprechen lassen, an dessen Erfüllung sich gar kein erweisliches Vermögensinteresse knüpft. Vgl. auch Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes S. 49. A. 1. Indessen wird auch im R. R. in gewissen Fällen dieser Art eine Rechtspflicht zu einem Thun anerkannt und obrigkeitliche Hülfe zugesagt, um es wenigstens indirect zu erzwingen (§. 270. A. 2. §. 74. not. k. §. 495. not. o.), aber diese werden nicht zu den Obligationen gerechnet, so wenig, wie die Pflicht ein Zeugniß abzulegen u. dgl. Vgl. noch Windscheid 4. [und 5.] Aufl. a. a. O. Hartmann a. a. O. S. 48 fg. [Dernburg a. a. O. II. §. 21. Eine neue „ausführliche und gründliche Vertheidigung" hat Windscheid's Lehre gefunden in Ihering's Rechtsgutachten in Sachen ... der Gäubahn. Olten. 1878 (mit einigen Auslassungen auch abgedruckt in den dogm. Jahrb. XVIII. 1.) Doch will Ihering XVIII. S. 91 fg. den Rechtsschutz versagen den Verhältnissen der „Geselligkeit" und der „Gefälligkeit"; dagegen Windscheid 5. Aufl. §. 314. A. 8. Gegen Ihering auch Ryck L. v. d. Schuldverh. S. 6 fg. — Ueber L. 9. §. 2. D. 40. 7. insbes. Ihering a. a. O. S. 80 fg.]

## §. 203.

### 2) Bestimmtheit des Gegenstandes [1].

Der Gegenstand einer Obligatio darf nicht völlig unbestimmt und unbestimmbar[a], noch auch lediglich der Willkür des Verpflichteten anheimgestellt sein, der alsdann etwas ganz Werthloses leisten könnte[b]; derselbe kann aber mehr oder weniger genau bestimmt und selbst nur auf billiges Ermessen (arbitrium boni viri) oder auf das bloße Gutdünken einer andern Person gestellt sein, in welchem letzten Falle freilich die Existenz der Obligatio durch den Ausspruch dieses Gutdünkens bedingt ist[c].

Eine besondere Art unbestimmter Obligationen ist die sog. alternative Obligatio (im Gegensatz der einfachen)[2], d. i. diejenige, vermöge welcher eine von mehreren Leistungen nach Auswahl einer bestimmten Person zu gewähren ist[d]. In der Regel hat der Schuldner selbst die Wahl[e], wo denn der Gläubiger auch nur alternativ klagen kann[f], so lange nicht durch eine bindende Wahl von Seiten des Schuldners die Obligatio auf

[a] L. 94. 95. 115. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 71. pr. D. de legat. I. L. 2. §. 5. D. de eo quod certo loco. 13. 4. [b] L. 108. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 22. §. 1. D. de R. J. [c] L. 22. §. 1. cit. L. 3. Cod. de dot. prom. 5. 11. L. 75..79. D. pro socio. 17. 2. L. 7. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. ult. Cod. eod. 4. 38. [d] L. 128. D. de V. O. L. 5. §. 2. D. qui et a quib. manum. 40. 9. cf. L. 6. §. 1. D. de re iud. 42. 1. [e] L. 25. pr. L. 34. §. 6. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 10. §. 6. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 106. D. de V. O. 45. 1. L. 93. eod. [f] §. 33 d. (§. 33.) J. de action. 4. 6.

eine bestimmte Leistung festgestellt ist[g]. Vermöge besonderer Bestimmung kann aber auch der Gläubiger die Wahl haben[h], sei es bis zu seiner Erklärung darüber, sei es bis zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung[3]. Auch einem Dritten kann die Auswahl unter mehreren Leistungen anheimgestellt sein; dann ist dessen Erklärung darüber als Bedingung der Forderung anzusehen[i].

Anm. [1] [Brinz 2. Aufl. §. 240 fg.] Im R. R. findet sich ein Begriff von bestimmten Obligationen in eigenthümlichem Sinn. Certum heißt der genau bestimmte Gegenstand einer einseitigen Forderung (obligatio ad dandum), die nämlich darauf gerichtet ist, daß dem Gläubiger entweder eine bestimmte Quantität genau bestimmter vertretbarer Sachen oder eine individuell bestimmte Sache (species) oder ein Recht an solcher Sache verschafft werde. In jedem andern Fall ist der Gegenstand der Obligatio ein incertum. In diesem Sinn wurden namentlich stipulatio certa und incerta genau unterschieden, pr. J. de V. O. 3. 15. L. 68. 74. 75. D. eod. 45. 1. cf. Cod. si certum petatur. 4. 2; und konnte selbst die alternative Stipulation certa sein, wofern nur dem Stipulator die Wahl vorbehalten war, L. 75. §. 8. D. de V. O. Ob darauf auch der contractus certi und incerti in L. 1. §. 6. D. de pecun. const. 13. 5., und der contractus certus und incertus in L. 18. pr. D. de acceptil. 46. 4. L. 9. pr. D. de reb. cred. 12. 1. zu beziehen sei? Savigny Syst. V. S. 581. Brinz 1. Aufl. S. 377 fg. [2. Aufl. §. 217. A. 12. und II. S. 586. Baron d. Condictionen (1881.) bes. S. 93 fg.] Jener Gegensatz stand in Verbindung mit Eigenthümlichkeiten des altrömischen Klagensystems, indem nur aus Obligationen der ersten Art eine condictio certi entstand; er hat aber im heutigen Recht seine Bedeutung verloren, wenn gleich die materielle Verschiedenheit der Obligationsverhältnisse, ob sie auf eine in bestimmtem Vermögenswerth beschlossene Schuld (debitum, aes alienum) des einen Theils gehen oder zunächst anderartige darauf nur eventuell zurückzuführende Leistungen zum Inhalt haben, zu keiner Zeit verkannt werden oder ohne Einfluß sein kann. Brinz 1. Aufl. S. 374 fg. [2. Aufl. §. 217. 293 fg. 314 fg. Dernburg II. §. 22. Vgl. auch Leonhard Irrthum S. 148 fg.]

[2] Ueber alternative Obligationen: Savigny Obl.Rt. §. 38. Fitting Correalobl. §. 25..27. Vangerow III. §. 569. Windscheid §. 255. [Brinz 2. Aufl. §. 241 fg.] Lindheimer diss. inaug. de disiunctiva obligatione. Berol. 1867. [Regelsberger Alternat. Oblig. und altern. Ermächtigung des Gläubigers in d. dogm. Jahrb. XVI. 8. Bernstein Z. L. v. alternativen Willen und d. altern. Rechtsgeschäften. Abth. I. der altern. Wille und die altern. Obl. 1878. Pescatore d. sog. alternat. Obl. 1880. (Ueber diese beiden Schriften Pfersche in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 305 fg. 309 fg.) Bernstein d. altern. Obl. im Röm. u. im mod. R., in d. Ztschr. f. vergleich. R.W. II. 10. S. 392 fg. Ranne die Disjunctivobl. 1880. Vgl. auch Zitelmann Irrth. u. Rechtsgesch. S. 502 fg.]

[3] Das R. R. (not. g. h.) gestattet Aenderung der getroffenen Wahl (variatio, mutatio voluntatis) dem Schuldner, wo nicht durch besondere ausdrückliche Bestimmung

[g] L. 138. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 21. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 26 §. 13. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 84. §. 9. D. de legat. I. [h] L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 75. §. 3. D. de egat. I. [i] L. 141. §. 1. D. de V. O. cf. L. 76. pr. L. 141. pr. eod. L. ult. Cod. de contrah. emt. 4. 38.

ihm das Wahlrecht beigelegt ist, bis zur Erfüllung, dem Gläubiger, wenn ihm mit dem Ausdruck *utrum volet*, nicht *utrum voluerit*, die Wahl eingeräumt ist, bis zur Anstellung der Klage. Man behauptet aber, dies sei wohl in Beziehung auf Stipulation und Legat ausgesprochen, in andern Fällen aber schon nach R. R., und nach heutigem Recht in allen Fällen als Regel anzunehmen, daß die einstweilige Unbestimmtheit des Gegenstandes der Obligatio durch die erklärte Wahl des Wahlberechtigten beseitigt werde. Ihering in d. dogm. Jahrb. I. S. 81 fg. Demelius in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 2. Regelsberger im civ. Arch. XLIX. S. 208 fg., auch Sintenis II. §. 83. A. 53. Dagegen Vangerow a. a. O. A. 1. Nr. 2. Windscheid §. 255. A. 9. [Brinz 2. Aufl. §. 242. A. 5. 21. §. 243. A. 5. und S. 110.] Vgl. auch Lang Entw. eines b. G. B. f. Bayern II. S. 139 fg. Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 338 (civ. Schr. III. S. 532) fg. Seuffert's Arch. IV. 20. Es ist eine Frage der Willensauslegung, wobei allerdings die sprachlichen Erklärungen der römischen Juristen nicht bindend sind, ob etwa nur ein einmaliges Wählen eingeräumt sein soll. Die Mittheilung der getroffenen Wahl kann aber auch als stillschweigend angenommenes Versprechen oder Verzicht auf das Wahlrecht die variatio ausschließen. Vgl. noch Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 255. A. 9. [Dernburg II. §. 28. 29.]

## §. 204.

### 3) Theilbarkeit des Gegenstandes.

Vermöge der Natur ihres Gegenstandes kann eine Leistung, und so denn auch die Obligatio selbst entweder theilbar oder untheilbar sein (obligatio dividua oder individua), je nachdem sie unbeschadet ihres Wesens in Bruchtheile zerlegt werden kann oder nicht[1]. Das erste ist der Fall, wenn die Obligatio auf Verschaffen eines juristisch theilbaren Vermögensgegenstandes gerichtet ist, wie Eigenthum oder Nießbrauch an einer bestimmten Sache, und so sind namentlich alle Forderungen auf Leistung einer Quantität vertretbarer Sachen unbedingt theilbar. Folge davon ist, daß sie durch theilweise Erfüllung oder auf andere Art theilweise getilgt werden können, und durch Uebergang auf mehrere Erben des Gläubigers oder Schuldners in mehrere Theil-Obligationen zerfallen. Untheilbar dagegen ist die Obligatio, welche die Gewährung eines untheilbaren Vermögensrechts, z. B. einer Grunddienstbarkeit, zum Gegenstande hat, oder ein bloßes Thun oder Unterlassen, das in einer vollendeten, positiven oder negativen, Thatsache als ein Ganzes sich darstellen soll, nicht etwa wesentlich nur ein theilbares Recht zu verwirklichen den Zweck hat[2]. Hier ist weder theilweise Forderung noch theilweise Erfüllung oder sonstige Tilgung möglich, und die Obligatio wird auch durch den Eintritt mehrerer Subjecte, als Gläubiger oder Schuldner, nicht getheilt.

Eine Art von Untheilbarkeit ist aber auch dann vorhanden, wenn die an sich mögliche theilweise Leistung eine Aenderung derselben zur Folge haben würde, die gegen den Willen des Gläubigers nicht statthaft

ist. Dies ist der Fall bei der alternativen Obligatio auf verschiedene theilbare Gegenstände, und bei der Obligatio auf Gewährung eines theilbaren Rechts an einer nur der Gattung nach bestimmten nicht vertretbaren Sache. Der Gläubiger kann einen Gegenstand ganz verlangen; durch die Leistung eines Theils von einem Gegenstande wird daher seine Forderung einstweilen noch nicht theilweise aufgehoben.

Uebrigens kann die untheilbare Obligatio sich in eine theilbare auflösen, insofern nicht mehr von Erfüllung des ursprünglichen Inhalts derselben, sondern nur von Leistung seines Geldwerthes die Rede ist.

Anm. [1] Die Hauptstellen über diese Lehre sind: L. 2..4. 72. 85. D. de V. O. 45. 1. Vgl. darüber, außer den ältern Interpreten, namentlich Donellus und Cujacius: Rubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex 2. 3. 4. 85. D. de V. O. [1822.], Ribbentrop zur Lehre von den Correalobligationen, 1831. S. 178..241. Scheurl comment. ad L. 2. 3. 4. 72. 85. D. de V. O. Erlangae 1835. Vangerow III. §. 567. A. 2. Sintenis II. S. 42..57. Windscheid §. 253.; vorzüglich Savigny a. a. O. I. §. 29..36., ferner: Ubbelohde die Lehre von den untheilbaren Obligationen. 1862. [Steinlechner Juris Communio I. §. 19. 20. Dernburg II. §. 25. Brinz 2. Aufl. §. 229 fg. Rümelin die Theilung der Rechte S. 171 fg. (Dagegen Scheurl in der krit. Vjschr. XXV. S. 531 fg. und Ryck L. v. d. Schuldverh. S. 123 fg.) Ryck a. a. O. S. 95 fg.] Vgl. noch unten §. 216.

[2] Schwierigkeit macht in dieser Beziehung L. 72. pr. D. l. c., wo fundum tradi neben fossam fodiri, insulam fabricari und dergl. als ein untheilbares faciendum erwähnt wird, während doch der Besitz auch pro parte übertragen werden kann. Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche vgl. mit Savigny a. a. O. S. 339 fg., welcher subintelligirt „fundum tradi et, nisi traditus fuerit, centum dari“, Ubbelohde a. a. O. §. 7., welcher „fundum tradi“ von Uebertragung der Detention versteht, übrigens beiläufig S. 40. A. 7. seine Verwunderung darüber ausdrückt, daß noch Niemand „fundum radi“ statt „fundum tradi“ emendirt habe, und Rudorff zu Puchta 10. Aufl. §. 222. not. b., welcher die Stelle „aus der Untheilbarkeit des Acts des Tradirens, namentlich nach der besondern ökonomischen Natur der Gutsübergabe (fundum tradi)“, erklärt. [Neuestens Brinz 2. Aufl. §. 229. A. 7. Rümelin S. 191 fg. Ryck S. 102.]

### 4) Einzelne besondere Gegenstände.

### §. 205.

#### a) Geldzahlung.

Geldzahlung ist ein vorzüglich wichtiger und häufiger Gegenstand von Forderungen, zumal da jede Forderung, im Fall der Nichtleistung ihres eigentlichen Gegenstandes, sich in eine Geldforderung verwandeln kann. Eine Geldforderung oder Geldschuld im eigentlichen Sinn ist dann vorhanden, wenn der Inhalt der Obligatio darin besteht, daß dem Gläubiger eine Geldsumme zu geben ist, d. h. eine Quantität des allgemeinen Werthmessers der Verkehrsgegenstände, wofür geprägte Geld-

stücke (Münzen) als sichtbare Repräsentanten und Zahlungsmittel dienen. Eine solche Schuld kann in der Regel durch Geben jeder zur Zahlungszeit und am Zahlungsorte anerkannten Art geprägter (echter) Geldstücke getilgt werden, mit der Beschränkung jedoch, daß der Gläubiger in Scheidemünze nur einen gewissen Betrag anzunehmen braucht. Indessen kann doch bei einer Geldschuld die besondere Bestimmung getroffen sein, daß die Zahlung derselben in einer bestimmten Art von Geldstücken geschehen solle. Dagegen ist nicht wesentlich verschieden von andern Forderungen vertretbarer Dinge eine Forderung, die schlechthin auf Geben einer bestimmten Anzahl von Geldstücken einer bestimmten Art gerichtet ist, wobei freilich vorausgesetzt wird, daß diese nicht bloß zur Bezeichnung einer gewissen Geldsumme genannt, sondern als der nur nach der Gattung bestimmte eigentliche Gegenstand des Gebens verstanden sind. Noch weniger kann von einer eigentlichen Geldschuld die Rede sein, wenn die Obligatio bestimmte Geldstücke (als species, certum corpus nummorum) zum Gegenstande hat.

Für den Fall einer Aenderung der Münzverhältnisse nach Entstehung der Geldschuld ist als Regel aufzustellen, daß in den zur Zahlungszeit geltenden Münzen nach ihrem dermalen anerkannten Werthverhältniß vollständig diejenige Summe Geldes gegeben werde, welche zur Entstehungszeit nach den damals bestehenden Münzverhältnissen als Gegenstand der Obligatio gedacht wurde. Entscheidend dafür aber ist zunächst der Geldwerth, welcher den Münzen im Verkehr wirklich beigelegt ist; dieser bestimmt sich regelmäßig darnach, welcher Quantität edeln Metalls jene gleichgeachtet sind, und dieses Werthverhältniß ist im Zweifel nach dem angenommenen Münzfuße zu ermessen, vorausgesetzt, daß nicht besondere gesetzliche Bestimmungen ein Anderes mit sich bringen. Diese Regel ist übrigens auch dann anzuwenden, wenn die Zahlung der Geldschuld in einer gewissen Münzsorte festgesetzt ist, nur mit dem Unterschiede, daß nun, wenn möglich, bloß diese Münzsorte als Zahlungsmittel zu gebrauchen ist. Anders aber verhält es sich, wenn nur eine bestimmte Stückzahl einer gewissen Art von Münzen als solche Gegenstand der Obligatio ist.

Anm. [1] Das Geld wird aus den edlen Metallen, namentlich Gold und Silber, geprägt, nur mit einem Zusatz von unedlem Metall. Dabei kommt in Betracht: a) Schrot und Korn der Münze, d. i. das Gewicht derselben und das Verhältniß der Mischung des edlen und unedlen Metalls in derselben; b) der Münzfuß, d. i. das Normalverhältniß, wornach sich bestimmt, wie viele Münzeinheiten einer gewissen Art den Werth einer bestimmten Quantität reinen edlen Metalls darstellen sollen. Es kann aber eine Münzeinheit nach gleichem Verhältniß auch bloß als Rechnungsmünze

angenommen sein, ohne daß wirklich Geldstücke von entsprechendem Werth geprägt werden. In Deutschland, wo seit langer Zeit das Silber zur Grundlage des Geldwesens genommen wurde, war als Normalquantität für die Silbermünzen die feine Mark = 16 Loth reinen Silbers, und als Münzeinheit der Gulden angenommen, zu welchem sich der Thaler verhält wie 2 : 3; daher z. B. der 14 Thaler- oder 21 Gulden-Fuß, der 24- und 24½ Gulden-Fuß. Dann ist an die Stelle der feinen Mark das Zollpfund gesetzt worden, auf welches 30 Thaler oder 45 Gulden österreichischer, 52½ Gulden südwestdeutscher Währung gerechnet werden; c) der Werth und zwar α) der Metallwerth (innere Werth) der Münze, der sich durch den wirklichen Gehalt derselben an reinem Metall (Feingehalt) bestimmt und aus dem Münzfuße sich ergibt, vorausgesetzt, daß dieser bei der Ausprägung genau beobachtet und das einzelne Münzstück nicht etwa durch Abnützung oder Beschneidung gemindert ist; β) der Nennwerth, d. i. derjenige Werth, welcher einer Münze nach der Absicht des Münzherrn beizulegen ist, es sei dieser Wille durch die Präge [sog. Stempelwerth] oder in anderer Weise, z. B. in Form eines Gesetzes [sog. Edictswerth], ausgesprochen. Darin liegt eine öffentliche Beglaubigung des Metallwerthes der Münze, und kann zugleich geboten sein, dieselbe zu dem festgesetzten Werthe anzunehmen, wo denn dieser als eigentlich gesetzlicher Werth sich darstellt (Zwangscurs zum Nennwerthe), wirksam natürlich nur innerhalb des Gebietes, welches der dies bestimmenden Gewalt unterworfen ist; γ) der Curswerth oder Verkehrswerth, d. i. derjenige, zu welchem eine Münze im rechtlichen Verkehr wirklich geschätzt und angenommen wird, welcher vom Nennwerthe und auch vom gesetzlichen Werth, kraft derogatorischer Gewohnheit, abweichen kann. Verschieden davon ist δ) der Tauschwerth des Geldes, welcher sich durch die Masse anderer Verkehrsgegenstände, die für einen gewissen Geldpreis zu haben sind, bestimmt. d) Sogenannte Scheidemünze wird theils ganz aus unedlem Metall, theils von geringerem Gehalt an edlem Metall geprägt, um geringere Geldwerthe oder bloße Bruchtheile des Geldwerthes der für den Geldverkehr vorzugsweise bestimmten feinhaltigeren Münzen (grober Münzsorten) darzustellen; bei ihr ist der innere Werth nur von untergeordneter Bedeutung, insofern sie nur zu diesem Zwecke verwendet wird. Außerdem wird sich der Verkehrswerth der Münzen hauptsächlich nach ihrem Metallwerthe richten. e) Im heutigen Geldverkehr ist noch von großer Bedeutung das Papiergeld, das eigentlich Repräsentant von Metallgeld sein soll, aber, wenn es nicht jederzeit dagegen umgetauscht werden kann, zumal wenn es gleichwohl mit Zwangscurs versehen ist, nicht selten besondere Schwierigkeiten bereitet. — Vgl. die Literatur zu §. 51. A. 3.; dazu Ad. Wagner „Münzwesen", in Bluntschli's Staatswörterb. VII. S. 65 . . 106., und „Papiergeld" das. S. 646 . . 680. Knies Geld und Credit. 1. Abth. Das Geld Darlegung der Grundlehren vom Gelde. Berlin 1873. [2. Abth. Der Credit. 1876. 1879. Hasner z. L. vom Gelde, in d. Wiener Ztschr. VII. 1. S. 1 fg. Brinz 2. Aufl. §. 290. Endemann Studien in d. roman. canon. Wirthschafts- und Rechtslehre II. (1883.) Nr. VII. S. 161 fg.] Im neuen deutschen Reiche ist als Münzeinheit in Silber eine Mark zu 100 Pf. = ⅓ Thlr. angenommen, aber dabei bestimmt, daß Zahlungen in Silbermünze nur bis zum Betrage von 20 Mark angenommen zu werden brauchen, darüber hinausgehende Summen in Gold zu zahlen sind. Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873., [welches „den Mittelpunkt der Reichsmünzgesetzgebung bildet". Das Reich ist damit zur ausschließlichen Goldwährung übergegangen, es sind daher die Reichsgoldmünzen von 5, 10, 20 Mark die eigentlichen und ausschließlichen Courantmünzen, und können, abgesehen von besonderer Bestimmung, nur diese zur Tilgung jeder Geldschuld

selbst gegen den Willen des Gläubigers verwendet werden. Doch sind „bis zur Außercurssetzung" neben dem Reichsgelde noch verschiedene den früheren Münzsystemen angehörige Geldsorten in Zahlung zu nehmen. Dem Reichspapiergeld (den Cassenscheinen) ist der Zwangscurs für den Privatverkehr im Gesetz v. 30. April 1874 ausdrücklich abgesprochen; ebenso besteht keine Verpflichtung zur Annahme von Banknoten. Reichsbankgesetz v. 14. März 1875. Näheres bei Mandry Reichsges. S. 139 (2. Aufl. S. 203) fg., Windscheid 4. u. 5. Aufl. §. 256., Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 31. 32.]

2 Ueber die Bedeutung des Geldes als allgemeinen Tauschmittels vgl. L. 1. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate; als allgemeinen Zahlungsmittels: L. 9. §. 2. D. de statulib. (§. 202. A. 3.); über den Begriff der Geldsumme, im Gegensatz gegen Geldstücke (nummi): L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. Sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet sed quantitatem. L. 65. §. 1. D. de V. O. 45. 1. „eiusdem quantitatis aureos". — Ueber Geldschulden vgl. G. Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden (zuerst 1807 [unter dem Titel: Rechtl. Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabwürdigung der Bankozettel in Tirol entstandenen Rechtsstreitigkeiten], neu herausgegeben) Berlin 1851. Savigny Obl. I. §. 42 fg. Hartmann a. a. O. S. 67 fg. Goldschmidt Handelsrecht §. 105 fg. und Karlowa in der krit. Vjschr. XI. S. 540 fg. Die drei letztgenannten Gelehrten unterscheiden als Geldschulden i. e. S. die auf Landeswährung von anderen. [Dernburg II. §. 32. 33.]

3 Unechte Münzen, mit nur scheinbarem, nicht wirklichem öffentlichen Gepräge, oder für ungültig erklärte oder verringerte braucht der Gläubiger nicht anzunehmen: L. 24. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. Qui reprobos nummos solvit creditori ... neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem. L. 1. Cod. de vet. numismatis pot. 11. 10. Solidos veterum principum veneratione formatos ... suscipi ... iubemus, ... modo ut debiti ponderis sint et speciei probae. [Mandry a. a. O. S. 144 (2. Aufl. S. 208) fg. Windscheid §. 256. A. 12..16. Brinz a. a. O. A. 13. 14.]

4 Der R.A. v. 1576. §. 76. bestimmt: „daß Niemand in den Zahlungen über 25 Gülden an halben Batzen (= 2 kr., nach der R.M.O. v. 1559. §. 11. „was unter den fünf Kreutzerern") oder andern kleinen Sorten für Wehrschaft anzunehmen schuldig seye, noch viel weniger von der Obrigkeit dasselbig gebilligt werden soll". (Die Summe von 25 fl. damaliger Reichsmünze ist nach dem 24 fl.-Fuße nahezu = 59 fl., 2 kr. ungefähr = $4^1/_2$ kr.) — Besser die in die deutsch-österreichische Münzconvention aufgenommene Bestimmung, daß „Niemand genöthigt werde, eine Zahlung, welche den Werth der kleinsten groben Münze erreicht, in Scheidemünze anzunehmen". Nach dem deutschen Reichsmünzgesetz gehören auch die Silbermünzen zu 5, 2, 1, $^1/_2$ und $^1/_5$ Mark zu den Scheidemünzen, indem sie nur $^9/_{10}$ des Silbers enthalten, das sie nach ihrem Nennwerth enthalten sollten; vgl. A. 1. a. E. Nickel- und Kupfermünzen brauchen nur bis zum Betrage von 1 Mark angenommen zu werden.

5 Veränderungen des Geldes ohne Aenderung des Feingehaltes sind unerheblich.

Auch die Veränderung im Tauschwerth des Geldes kommt nicht in Betracht, wie in der That selbst diejenigen, welche derselben einen Einfluß auf Geldschulden beilegen möchten, wegen der praktischen Unausführbarkeit zugestehen müssen. Vangerow §. 570. [S. 31. 32. d. 7. Aufl.], vgl. dagegen Sintenis §. 85. A. 20. [Befreiung von Geldschulden durch „höhere Gewalt"? Darüber und dagegen Jhering in d. dogm. Jahrb. XVIII. S. 117 fg.] Wichtig aber sind Veränderungen des Münzfußes oder des Werthes der Münzen. Die Meinungen über den Einfluß solcher Aenderungen sind sehr verschieden. a) Manche nehmen, das Wesen des Geldes und der Geldschuld verkennend, bloß auf den innern Werth der Münzsorten Rücksicht, Glück Th. XII. S. 67 fg.; b) Andere dagegen bloß auf den Münzfuß, Puchta §. 38., ohne zu beachten, daß, ohne förmliche Aufhebung des bisherigen Münzfußes, gleichwohl eine Aenderung in der Ausprägung von Münzen desselben Gepräges und in ihrer wirklichen Geltung eintreten kann, während zugleich Münzen von verschiedenem Gehalt eine Zeitlang nebeneinander mit gleicher Geltung im Umlauf bleiben können. c) Wieder Andere halten überall den Nennwerth als eigentlich gesetzlichen Werth für entscheidend. Pfeiffer praktische Ausführungen I. 7. Sintenis §. 85. [Wächter II. S. 285.] d) Im Wesentlichen übereinstimmend mit der im Text angedeuteten Ansicht sind u. A.: (Guden) Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in veränderten Münzen. Braunschweig und Hildesheim. 1764. Dietze Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Frage: wie ist eine Geldschuld abzutragen? u. s. w. Frankfurt 1791. Chr. F. Fels (praeside Schradero), Diss. inaug. quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam interim factis, solvendum sit? Tübing. 1814. Vgl. auch Seuffert §. 289. Erörter. I. 10. und vorzüglich G. Hufeland a. a. O., sodann Savigny a. a. O., womit sich auch Vangerow in der 6. und 7. Aufl. III. §. 570. ausdrücklich einverstanden erklärt. Damit stimmt auch im Princip überein, jedoch mit einigen Modificationen in dessen Anwendung, Windscheid §. 256. — Dagegen aber [und für die Meinung c] erklärt sich wieder Souchay in Linde's Ztschr. n. F. IX. 12. (vgl. auch Seuffert's Arch. XII. 133.), und jetzt ist die Theorie Savigny's, namentlich bezüglich der Geldschulden auf Landeswährung, bedenklich angefochten von Hartmann, Goldschmidt u. Karlowa a. a. O., die jedoch im Einzelnen mehrfach von einander abweichen. Vgl. noch Goldschmidt z. Rechtstheorie d. Geldes, in d. Zeitschr. f. Handelsrecht XIII. 8. S. 367 fg. [Brinz A. 15. Bekker über die Couponsprocesse der österr. Eisenbahngesellschaften und über die internationalen Schuldverschreibungen. 1881. (Drbr. Czyhlarz in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 53 fg.) G. Hartmann internationale Geldschulden. Freibg. und Tüb. 1882 (erweiterter Abdruck aus d. Civ. Arch. LXV. 6. S. 147 fg. Drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XXV. S. 50 fg.) Dogmengeschichtliches bei Endemann a. a. O. S. 211 fg.]

[6] Die Quellen des gemeinen Rechts enthalten für die obige Frage nur wenige ungenügende Aussprüche. a) L. 80. pr. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet; ... veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Vgl. A. 2. u. L. 144. §. 1. D. de R. J. In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 8. pr. D. mand. 17. 1. Uniuscuiusque contractus initium spectandum et causam. b) L. 99. D. de solut. 46. 3. Creditorem (Flor. *debitorem*) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Cf. Basil. XXVI. 5. cap. 99. (Heimb. III. p. 129.) Ὁ δανειστὴς οὐκ ἀναγκάζεται ἄλλον τύπον νομίσματα λαβεῖν, ἐὰν ἐκ τούτου βλάπτηται. c) L. 1. Cod. de vet. numism. pot. (A. 3.), cf. Nov.

Leonis 52 [*Gothofr.*] ... Numismatis omne genus, quod quidem formam materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat, sive vetustioris cuiuspiam principis sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur et in republica tractetur. d) Cap. 26. X. de censib. 3. 39. Cum canonicis maioris ecclesiae quandam summam pecuniae pro pensione ecclesiae tuae debitam ... persolveris, et iidem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solvi, tibi damus nostris literis in mandatis, ut canonicos illos solutione prioris pecuniae vel, si non sit in usu, aestimatione pensionis antiquae facias manere contentos; und cap. 20. eod. Olim causam, quam adversus clericos plebis Rupinae super synodatico proponebas, Tudertino episcopo et collegis suis commisimus terminandam; coram quibus ex parte tua fuit propositum, quod, cum iidem clerici praedecessoribus tuis tres in festo nativitatis et tres in festo resurrectionis dominicae pro synodatico solverint denarios Papienses, nunc tantum tres Lucenses pro singulis denariis Papiensibus persolvebant, cum tamen unus denarius Papiensis valeat sex Lucenses ... Cum igitur constet, quod Papienses olim pro synodatico solvebantur ... et sit legitime comprobatum, quod tres Lucenses, qui pro uno Papiensi post mortem ipsius L. (praedecessoris sc.) solvebantur, quinque vel sex valebant ex illis, qui hodie sunt in usu, intelligentes ex hoc, quod per monetae declinationem acciderit, ut usque ad tempus tuum Lucenses dati fuerint pro synodatico, sicut erant in usu, procuratorem adversae partis ... tibi ad solutionem denariorum Papiensium vel aestimationem eorum ... condemnamus. — Ausführliche Bestimmungen enthält das Preuß. Landr. I. 11. §. 778..802. (vgl. Koch Recht der Fordr. I. §. 6..8. Savigny §. 46.) Siehe auch österreich. Münzpatent v. 27. April 1858. §. 5., hess. Entw. IV. Abth. Art. 287..291., sächs. Gesetzb. §. 665..672., bayer. Entw. II. Art. 86..90. [Schweiz. Obl.R. Entw. v. 1869..72, und 1876. Art. 128. 129. Bundesg. über das Obl.R. 1881. Art. 97. 98.]

## §. 206.

### b) Schadenserſatz.

Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz besteht darin, daß Jemand den Nachtheil, welchen ein Andrer durch einen Thatumstand, für dessen Folgen jener einstehen muß, in seinem Vermögen erlitten hat, wieder auszugleichen verpflichtet ist. Der Unterschied zwischen dem gegenwärtigen Bestand des Vermögens, so wie er nach jenem Thatumstande, abgesehen von dem eben dadurch begründeten Ersatzanspruch, sich darstellt, und zwischen dem Betrage, den dasselbe sonst haben würde, heißt das Interesse (id quod interest sc. actoris oder creditoris), dessen Leistung sowohl den nächsten Inhalt einer Obligatio, die nämlich erst durch eine Verletzung entsteht, ausmachen, als auch an die Stelle eines andern ursprünglichen Inhalts der Obligatio treten oder zu demselben hinzukommen kann, wenn deren eigentliche Erfüllung gar nicht oder nicht in gehöriger Weise erfolgte [1]. Das Interesse aber begreift nicht nur die Minderung des Vermögens um einen schon in demselben enthaltenen Bestandtheil (damnum i. e. S., positiver Schaden, sog. *damnum emergens*),

sondern auch die Vereitelung einer Vermögensmehrung, welche sonst für den Verletzten eingetreten sein würde (sog. *lucrum cessans* oder interceptum, entgangener Gewinn, negativer Schaden)[2]; und zwar kommt dabei nicht nur der Nachtheil in Betracht, welcher als nächste und unmittelbare Folge des beschädigenden Ereignisses sich ergibt, sondern auch derjenige, welcher nur mittelbar, durch Zusammentreffen besonderer Umstände oder Verhältnisse, für den Verletzten insbesondere daraus hervorgegangen ist[3]. Die Bestimmung des Umfangs solchen Verlustes und demnach zu leistenden Ersatzes hängt vom billigen Ermessen unter Beachtung der besondern Gestaltung der Verhältnisse im einzelnen Falle ab. Im Allgemeinen aber ist festzuhalten, daß nur der Nachtheil, und zwar nur ein Vermögensnachtheil[3a], der erweislich durch das fragliche Ereigniß hervorgebracht ist, und somit auch nur ein Gewinn, auf welchen ohne jenes sicher zu rechnen war, bei der Schätzung des zu leistenden Interesse in Anschlag komme, bloße Möglichkeit eines Gewinns, der vielleicht hätte gemacht werden können, nicht berücksichtigt werden könne.[4]

Das Interesse kann demnach sehr verschieden sein von dem Werthe oder dem Betrage der Werthminderung des Gegenstandes an sich, in dessen Entziehung oder Verringerung die Schadenszufügung bestand.[5] Um übrigens übermäßigem Anschlag des Interesse vorzubeugen, ist verordnet, daß bei Obligationen, die nicht von Anfang auf das Interesse gehen, die Schätzung desselben nicht den doppelten Betrag des als Gegenleistung festgesetzten Preises oder sonst des mit Bestimmtheit zu ermittelnden Werthes des eigentlichen Gegenstandes überschreiten soll[6].

Anm. [1] Das Hauptwerk über diese Lehre ist: Fr. Mommsen Beiträge zum Obligationenrecht, Thl. 2. „zur Lehre von dem Interesse." 1855 (darüber Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 525..563.). Vgl. Nußbaumer über das Maß des Schadenersatzes. 1855. (darüber Windscheid a. a. O. III. S. 72 fg.), Cohnfeldt d. L. v. Interesse nach R. R. mit Rücksicht auf neuere Gesetzg. 1865. (drbr. Baron in Schletter's Jahrb. XII. S. 106..120.), auch Unger Fragmente aus einem System des österr. Obligationenrechts, in Haimerl's Vjschr. XIV. S. 111 fg. Windscheid 4. [und 5.] Aufl. §. 257. 258. [Dernburg II. §. 74..78. Brinz 2. Aufl. §. 281..281d. Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hptst. im II. Thl. des (österr.) a. b. G. B. dem österr. Advocatentage erstattet von Pfaff (S. 1..127.), (drbr. Krasnopolski in d. krit. Vjschr. XXII. S. 502 fg.), Randa (S. 128..188.), Strohal (S. 139..168.). Unger Beiträge z. L. vom Schadenersatz nach österr. R. in der Wiener Ztschr. VIII. 4. S. 209..253. Pfaff z. L. von Schadenersatz und Genugthuung nach österr. R. ebda. VIII. 12. S. 613..747. Vgl. auch Endemann Studien II. Nr. VIII. S. 243 fg.]

[2] L. 13. pr. D. rat. rem hab. 46. 8. „quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui". L. 33. pr. in f. D. ad leg. Aquil.

9. 2. In lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur. L. 33. D. locati. 19. 2. Tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. L. 21. §. 2. D. quod met. causa. 4. 2. „aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest; (abest) autem nuda possessio cum suis fructibus". L. 7. Cod. arbitr. tut. 5. 51. „Quidquid ... minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint." Nicht hieher gehört die von Mommsen S. 184. A. 27. mitangeführte L. 2. §. 11. D. ne quid in loco publ. 43. 8. „Damnum autem pati videtur, qui commodum amittit, quod ex publico consequebatur"; denn vgl. §. 12. ibid. „Proinde si cui prospectus, si cui aditus sit deterior aut angustior, interdicto opus est". Vgl. aber noch R.D.A. v. 1600. §. 139. „So viel nun ... vor billig geachtet worden, wann der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinem Glaubiger von derselben zeithero ... das Interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seye, ... so ordnen und wollen wir nachmals, daß solch Interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditorn fünf Gülden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem creditori solch fünf Gülden nicht annehmlich, sondern er vermeynen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, daß ihme alsdann sein gantz Interesse zu deducirn, gebührlich zu liquidirn und zu bescheinen ... unbenommen seyn soll." Nicht entgegen: L. 26. D. de damno infecto. 39. 2. „scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur"; noch L. 72 (71). §. 1. D. de furt. 47. 2. „... quia furti agere potest is, cuius interest, rem non subripi: interesse autem eius videtur, qui damnum passurus est, non eius, qui lucrum facturus esset". Mommsen S. 187: „Die einzige Schlußfolgerung, welche etwa aus der L. 71. §. 1. de furtis entnommen werden könnte, ist die, daß ein entgangener Gewinn nur dann berücksichtigt wird, wenn er aus einer causa honesta gemacht werden konnte. Dies ist aber etwas, was wir, auch wenn diese Stelle nicht da wäre, annehmen müßten". Vgl. S. 188 fg. [Ueber den Unterschied zwischen dem Interesse und der Prästation des Interesse s. Brinz 2. Aufl. §. 281a.]

[3] L. 21. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, quum occideretur (*sc. servus*), an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio. L. 22. eod. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. §. 1. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit; non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt. — L. 13. pr. D. de act. emti. 19. 1.... Qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, ... si sciens reticuit et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit, idonee (*idonea*) veniisse, erit praestandum. Man pflegt hiernach directes Interesse oder unmittelbaren Schaden, utilitas oder damnum *circa rem ipsam*, und indirectes Interesse oder mittelbaren Schaden, utilitas oder damnum *extra rem*, zu unterscheiden. Jedoch hat man mit diesen Ausdrücken nicht immer dieselben Begriffe verbunden und der Unterscheidung ungegründete

praktische Folgen gegeben. (vgl. A. 4.); daher sie mit gutem Grund jetzt ganz verworfen wird von Mommsen S. 265 fg., vgl. Cohnfeldt S. 14 fg.

[3a Diese, auch in der an der Spitze des §. stehenden Definition festgehaltene Beschränkung entspricht der herrschenden Lehre; Nachweise bei Pfaff Gutachten S. 12. Note 37 fg.; dazu Brinz 2. Aufl. §. 239. 281 A. 29. Wächter II. S. 287. Sie wird aber nach den treffenden Ausführungen von Jhering dogm. Jahrb. XVIII. 1. (vgl. namentlich über die Satisfactionsfunction des Geldes S. 59 fg.) schwerlich aufrechtzuhalten sein. Pfaff Gutachten S. 11 fg. Strohal ebenda S. 140 fg. Unger Beitr. S. 229. (der jedoch, soweit es sich um das österr. R. handelt, die entgegengesetzte Meinung vertritt), Pfaff in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 687..689. Vgl. jetzt G. Lehmann die Schutzlosigkeit der immat. Lebensgüter beim Schadenersatz. 1884. S. auch §. 324. A. 6.]

4 Vgl. a) L. 33. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redemturus fuit; nec illum qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset, etc. s. A. 2. b) L. 29. §. 3. eod ... Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum. c) L. ult. D. de periculo. 18. 6. Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. d) L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis (aestimatio) crescat, si vinum hodie pluris sit: merito, quia, sive datum esset, haberem emtor, sive non, (quoniam?) saltem hodie dandum est, quod iam olim dari oportuit. e) L. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4. Itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim? si traiectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem. — Verschiedene Ansichten in Betreff der Unterscheidung und Leistung des sog. directen und indirecten Interesse, oder des sog. damnum circa rem und extra rem: *a*) das indirecte Interesse sei bei Obligationen, die nicht aus Vergehen entstehen, in der Regel nur wegen Gewissenlosigkeit (Dolus), nicht auch wegen Culpa des Verpflichteten zu leisten (Göschen §. 396.), worin so viel wahr ist, daß in Fällen der letzten Art nach Billigkeit eine mildere Beurtheilung in Ermittlung des dem Verpflichteten zuzurechnenden Schadens angemessen sein kann. Unterholzner Schuldverh. I. §. 131. not. f. g. Vgl. Jhering das

Schuldmoment im Privatr. S. 55 fg. [Verm. Schr. S. 215 fg.], dagegen jedoch Windscheid Pand. §. 258. A. 14. β) Nur bei Bestimmung des Ortsinteresse komme ausnahmsweise jeder erweislich entgangene Gewinn in Anschlag, sonst nur der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (utilitas circa rem ipsam), während bei dem positiven Schaden regelmäßig jeder mittelbare Verlust berücksichtigt werde (Puchta §. 225. not. h..k. Seuffert §. 236.), worin so viel richtig ist, daß gerade bei Festsetzung eines bestimmten Zahlungsortes der Entgang eines durch besondere Umstände bedingten Gewinns am leichtesten als sichere und billiger Weise zuzurechnende Folge der Verletzung der Verbindlichkeit sich wird erweisen lassen. Vangerow §. 571. A. 3. Sintenis §. 86. A. 21., auch Seuffert 4. Aufl. §. 236. A. 5. γ) Nach L. ult. und L. 21. §. 3. cit. trete nur beim Kaufe eine besondere Beschränkung für Berechnung des Interesse ein (Hänel Versuch einer Darstellung d. Lehre v. Schadensersatze [1823] §. 83.), oder δ) L. ult. cit. beziehe sich nur insbesondere auf Geldschulden (Mühlenbruch §. 367. Madai von der Mora S. 383 fg.), welche beide Beschränkungen des innern Grundes entbehren und von denen die letzte insbesondere dem R.D.A. v. 1600. (A. 2.) offenbar zuwider ist. Vgl. überhaupt noch Vangerow, Sintenis, Seuffert a. a. O., Mommsen a. a. O. S. 137 fg. 255 fg. Cohnfeldt §. 12. 14. Windscheid Pand. §. 258. A. 10 fg. 18. Pieschel de causarum rerumque nexu in computatione eius quod interest diss. Berol. 1869. [und bes. Brinz 2. Aufl. §. 281 b. — Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. I. S. 1 fg.]

[5] L. 1. pr. D. de act. emti. 19. 1. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emtoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. Vgl. a) L. 193. D. de V. S. Haec verba *quanti eam rem paret esse* non ad quod interest, sed ad rei aestimationem referuntur. L. 4. §. 11. D. vi bon. rapt. 47. 8. Haec autem actio ... datur in duplum *quanti ea res erit*, quod ad pretium verum rei refertur. L. 1. §. 4. D. si quis ius dic. 2. 3. Hoc iudicium non ad id quod interest, sed *quanti ea res est* concluditur, et cum meram poenam contineat, neque post annum neque in heredem datur. L. 9. §. 8. D. ad exhib. 10. 4. Et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: quae utilitas, inquit, interdum minoris erit quam res erit. Dagegen b) L. 68. D. de rei vind. 6. 1. *Quanti res est*, id est: quanti adversarii interfuit. L. 3. §. 11. D. uti poss. 43. 17. *Quanti res est* sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere. L. 4. §. 7. D. de damno inf. 39. 2. *Quanti ea res est*, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur, quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam. Vgl. darüber Savigny V. S. 441..460. Puchta §. 224. not. b. Mommsen S. 45 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 281.], und über die Bedeutung der Ausdrücke *aestimatio* und *pretium rei*, welche, ebenso wie das *quanti res est*, nicht immer den reinen Sachwerth im Gegensatz des Interesse bezeichnen (z. B. L. 36. §. 2. D. de usufr. 7. 1.), Mommsen S. 68 fg. [Birkmeyer Vermögen S. 299 fg.] — Ueber den Einfluß des Ortes und der Zeit auf die Schätzung (*quanti res fuit, q. r. est, quanti res erit*): L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. §. 2. D. commod. 13. 6. L. 37. D. mand. 17. 1. Savigny VI. S. 198 fg. Büff über den Zeitpunkt der Schätzung beim Werthersatz, im civ. Arch. XXXIII. 5. 10. Mommsen S. 198..231. Cohnfeldt §. 13. 20. 23. [Brinz §. 281 c.]

[6] L. un. Cod. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur. 7. 47.

Cum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est, huiusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut (hoc,) quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, cum scimus esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione (moderamine) proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres (id) quod interest statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis huius constitutionis recitatio. Vgl. L. 43 in f. L. 44. D. de act. emti. 19. 1. — Streitfrage: ob diese gesetzliche Beschränkung auch bei Ersatzverbindlichkeiten aus Vergehen stattfinde? Mühlenbruch §. 370. Cohnfeldt S. 46 fg. 205 fg.; oder im Gegentheil, ob sie auch im Falle böswilliger Verletzung eines obligatorischen Verhältnisses wegfalle? Seuffert Erörtr. I. S. 161 fg. Dagegen W. Sell in dessen Jahrb. I. 5. [S. 183 fg.] und Vangerow §. 571. A. 4. IV. Mommsen S. 235 fg. Der Letzte erklärt sich zugleich mit gutem Grunde gegen die jetzt herrschende Ansicht, wornach es auf den in der Gegenleistung ausgesprochenen Preis des Gegenstandes der Leistung nicht ankommen soll, sondern immer nur auf dessen wirklichen Werth; [vgl. Prakt. Arch. N. F. XII. S. 308. Nr. VI.] dagegen jedoch Windscheid in der Heidelb. Ztschr. II. S. 559. vgl. dessen Pand. §. 258. A. 9. Vgl. übhpt. noch Kniep die Mora des Schuldners II. §. 92..95. Ude im civ. Arch. LVII. 2. [Bähr Urtheile des Reichsgerichts Nr. XIV. S. 112 fg.] — Ueber eidliche Selbstschätzung des Interesse s. oben §. 115. Nr. 3. Mommsen a. a. O. S. 259 fg. [Brinz §. 281 d.]

### c) Zinszahlung.

### §. 207.

Zinsen[a], *usurae*, sind eine Vergütung, welche Jemanden für die von ihm gewährte oder ihm vorenthaltene Nutzung einer Quantität vertretbarer Sachen, nach Verhältniß des Betrages und der Zeitdauer, in gleichartiger Leistung zukommt[1]. Die Zinsverbindlichkeit setzt eine Hauptschuld voraus, deren Gegenstand in vertretbaren Sachen[b], vorzüglich Geld[c], besteht (caput[d], sors[e], Capital, Hauptstock); die Zinsen sind eine juristische Frucht[f] dieser Hauptforderung, verschieden von Renten[g], z. B. dem Zins vom sog. Ewiggelde, welchen keine Forderung auf die Hauptsumme entspricht[2].

Aus verschiedenen Gründen kann sich die Zinsverbindlichkeit von

[a] Dig. de usuris et fructibus. 22. 1. Cod. de usuris. 4. 32. [b] L. 23. L. 26. §. 2 (1). Cod. h. t. [c] L. 121. D. de V. S. vgl. A. 2. [d] L. un. §. 2. Theod. Cod. de usur. rei iud. 4. 19. [e] L. 20. D. h. t. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 58. §. 1. D. de adm. 26. 7. u. a. [f] L. 121. cit. L. 34. D. h. t. §. 55. A. 3. 4. [g] Dig. de annuis legatis. 33. 1.

selbst, kraft rechtlicher Vorschrift, mit einer zinsfähigen Hauptschuld verbinden, sog. gesetzliche Zinsverbindlichkeit[3]; sie kann außerdem, immer unter Voraussetzung einer solchen Hauptschuld, durch Rechtsgeschäft begründet werden; so durch letztwillige Verfügung[h], und vorzüglich durch Vertrag[i], daher vertragsmäßige Zinsverbindlichkeit[4]. Die Zinsverbindlichkeit kann entweder auch formell bloß als ein accessorischer Bestandtheil der Hauptschuld, oder außer derselben, obgleich aus ihr hervorgehend, als besondere Obligatio bestehen. Im ersten Falle können die Zinsen als Nebengegenstand nur durch die Klage aus der Hauptschuld, also nur, so lange diese stattfindet, gefordert werden[k]; im andern Fall ist eine selbständige Zinsklage, je nachdem die Zinsen fällig geworden, möglich[l]; dies setzt aber regelmäßig ein Rechtsgeschäft als Entstehungsgrund der Zinsverbindlichkeit voraus[5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Heimbach im Rtslex. XV. S. 389 . . 462. Unger in Haimerl's Vjschr. XIV. S. 117 fg. Förster I. §. 68. [Randa z. L. v. d. Zinsen und d. Conventionalstrafe. Mit Rücksicht auf d. österr. Ges. v. 14. Juni 1868 u. d. norddeutsche Bundesges. vom 14. Nov. 1867. Wien 1869. Pernice Labeo II. S. 263: „usura . . bedeutet . . Gebrauchslohn". Brinz 2. Aufl. §. 308.]

[2] a) Zinsen in Beziehung auf eine Hauptverbindlichkeit, deren Gegenstand nicht vertretbare Dinge sind? α) L. 25. Cod. h. t. Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras iussimus. Cf. L. 3. §. 4. D. h. t. L. 8. Cod. si cert. pet. 4. 2. (In L. 25. cit. möchte man lieber, wie Ihering [dogm. Jahrb. XII. S. 338.] vorschlug, statt et veste lesen recte; aber auch in d. Basil. XXIII. 4. cap. 73. finden wir: ὑπὲρ ἐσθῆτος. [Gegen dieses Bedenken] Ihering in d. dogm. Jahrb. XII. S. 337 fg. [Huschke im civ. Arch. LXV. 7. S. 231. will lesen: et aere.] β) L. 17. §. 8. D. h. t. Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside tempus statuendum est, et, nisi posuerint heredes, usuras reipublicae usque ad tertiam centesimae pendent. b) Gestattung anderer Vortheile in vicem usurarum: L. 14. 17. Cod. h. t. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. — In nov. 72. cap. 6. wird das Hauptgeld bezeichnet durch τὸ ἀρχαῖον; die Vulgata übersetzt aber ἐπὶ τοῖς ἀρχαίοις unpassend durch: *in antiquis.*

[3] Eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit tritt ein a) wegen Zögerung in Bezahlung einer Geldschuld, theils nach den allgemeinen Grundsätzen vom Verzug, L. 32. §. 2. D. h. t. (Verzugszinsen, §. 251.), theils nach besonderer Rechtsvorschrift; namentlich können: α) der Fiscus und Minderjährige, die letzten bis zur Volljährigkeit, von jeder fälligen Geldschuld sofort auch Zinsen berechnen, L. 17. §. 5. 6. L. 43. D. h. t. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 40 (41.) L. 87. §. 1. D. de legat. II., desgl. β) der Verkäufer vom Kaufpreise von der Zeit an, da der Käufer in den Besitz des Kaufgegenstandes gesetzt ist, L. 13. §. 20. 21. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. Cod.

[h] L. 3. §. 6. D. 33. 1. [i] L. 17. §. 4. L. 41. §. 2. D. h. t. L. 24. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 3. Cod. h. t. cf. L. 4. 11 (12). eod. L. 30. D. h. t. [k] L. 49. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 4. Cod. depos. 4. 34. L. 13. Cod. h. t. cf. L. 23. D. de exc. rei iud. 44. 2. [l] L. 1. Cod. de iud. 3. 1. cf. L. 23. cit.

eod. 4. 49. Vgl. zudem §. 208. A. 2; b) wegen unbefugter Verwendung fremden Geldes in eigenen Nutzen. L. 1. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10 . . 12. D. de adm. tut. 26. 7; c) überhaupt wegen Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse (§. 206.), insofern darin Zinsen begriffen sind. In Fällen dieser Art ist aber häufig nicht sowohl von einer eigentlichen Zinsverbindlichkeit, als Zuwachs einer Hauptschuld, als vielmehr nur von Berechnung eines möglich gewesenen Zinsgewinns zur Bestimmung des Hauptinhalts einer Obligatio die Rede; so z. B. wenn der Verwalter fremden Vermögens dazu gehöriges Geld verzinslich anzulegen versäumt und deshalb Ersatz zu leisten hat, eine Ersatzverbindlichkeit, welche dem übrigen möglichen Inhalt der aus der Geschäftsführung hervorgehenden Hauptobligatio völlig gleichartig ist und wohl auch allein diesen ausmachen kann. L. 17. §. 7. D. h. t. L. 18 (19.) §. 4. D. de negot. gest. 3. 5. L. 7. §. 3. L. 15. D. de adm. 26. 7. Vgl. Unterholzner I. S. 323 fg., dagegen freilich Sintenis §. 87. A. 19. 25. — Uebrigens noch zu bemerken: aa) L. 17. §. 5. D. h. t. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat; . . . cum autem in locum privati successit, etiam dare solet. Darüber ein Plenarbeschluß des OAGerichts in München vom 5. Juni 1844: „Dieses Privilegium ist auf andere Obligationsverhältnisse und auf andere als Verzugszinsen nicht auszudehnen“. Seuffert §. 245. A. 11. bb) L. 22. D. de donat. 39. 5. Eum, qui donationis causa pecuniam . . . promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere. Cf. L. 16. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. de pollicitat. 50. 12. cc) L. 9. D. de mag. con. 27. 8. Constitutum est, poenarum usuras peti non posse. Cf. L. 1. Cod. de fiscalibus usuris. 10. 8. [Dernburg II. §. 37. 38. Wächter §. 174. Beil. I., der insbes. (S. 301.) die gesetzliche Zinsverbindlichkeit in den Fällen a a, b, nicht nur bei Geldschulden eintreten lassen will. Seine Berufung darauf, es sei die Frage im österr. Rt. ebenfalls in seinem Sinne gelöst, beruht unzweifelhaft auf einem Uebersehen einer authentischen Interpretation des §. 1333 B.G.B. (Hofd. v. 18. Jänner 1842), die das Gegentheil enthält.]

4 Eine Vermuthung für die Existenz der Zinsverbindlichkeit wird durch die eine längere Zeit hindurch wiederholte Zinszahlung begründet, L. 6. D. h. t., was man irrthümlich als Entstehung der Zinsverbindlichkeit durch Verjährung aufgefaßt hat. Cf. L. 7. Cod. h. t. Heimbach a. a. O. S. 394 . . 413.

5 L. 49. §. 1. D. 19. 1. Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, quum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur. L. 60 (58.) pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1.: usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt; cf. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. Usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam officio iudicis applicentur etc. (vgl. Girtanner Bürgschaft II. S. 413.). L. 4. Cod. 4. 34. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est, ultra non potes propter usuras experiri. Non enim duae sunt actiones, alia sortis alia usurarum, sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Dagegen L. 1. Cod. 3. 1. Iudicio coepto, usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, convenire possis. Doch ist in Fällen, wo officio iudicis usurae praestantur, die Anstellung der Hauptklage bloß wegen der Zinsen nicht unbedingt ausgeschlossen, arg. L. 23. D. 44. 2., unrichtig erklärt von Mühlenbruch §. 371. A. 4., vgl. Keller Litiscontestatio S. 536 fg. Savigny VI. S. 452. not. r. S. 160. Bekker Consumtion S. 240. Seuffert's Arch. VI.

321. und Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 181 (civ. Schr. III. S. 513) fg. Unger a. a. O. S. 122. [A. 8.] Windscheid §. 259. A. 10. Westerburg Einfluß der res iudicata auf nicht erwähnte Zinsen, im prakt. Arch. n. F. IX. Abh. VII. [S. 225 fg.] — Der Ausdruck *officio iudicis u. p.* bezeichnete zunächst nur, daß Zinsen in Folge der Hauptklage, ohne in der Formula als Gegenstand derselben angegeben zu sein, durch den Judex zuzuerkennen waren, als enthalten in dem quanti ea res est oder quidquid dare facere oportet, was auch die Wirkung einer besondern Verabredung (eines pactum adiectum) sein konnte, wenn nur die Formula nicht eine condemnatio certae pecuniae enthielt. Savigny VI. S. 128 fg. Wo aber lediglich kraft des officium iudicis Zinsen zuerkannt werden, da muß dieses aus der rechtlichen Natur der Hauptobligatio hervorgehen, also auf einem Rechtssatz beruhen. Dagegen liegt es an sich nicht im Begriff gesetzlicher Zinsen, daß sie nur mit der Hauptforderung und nur durch die Hauptklage gefordert werden können, was namentlich für den Fall in A. 3. a. *β.* mit Grund zu bezweifeln sein möchte. [Carus die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach Röm., gem. Deutschen R. und d. neueren Gesetzgebung. Gekrönte Preisschrift. 1876. drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XIX. S. 308 fg. Vgl. noch Gimmerthal über d. Officialzinsen im civ. Arch. LXI. S. 370 fg. und jetzt Brinz 2. Aufl. §. 244. 308. Wächter §. 168. Einführges. z. R.C.P.O. §. 14. Z. 5. mit C.P.O. §. 279. Abs. 1., dazu Mandry Reichsges. S. 204 (2. Aufl. S. 285) fg. und Dernburg Pr. P.R. 2. Aufl. II. §. 38. a. E. Ruhstrat im civ. Arch. LXV. 9. S. 277 fg.]

## §. 208.

Die Höhe der zu leistenden Zinsen[1], innerhalb der gesetzlichen Gränze (§. 209), bestimmt sich, wo die Zinsverbindlichkeit durch Rechtsgeschäft begründet ist, durch die betreffende Festsetzung, welche aber durch vorbehaltlose Annahme geringerer Zinsen für die Zukunft stillschweigend herabgesetzt wird[a]. Für gesetzliche Zinsen ist sie zum Theil gesetzlich bestimmt[2]; wo dies nicht der Fall ist, richtet sie sich nach dem Maße der Zinsen, welche der Gläubiger nach Landesgewohnheit und zugleich den Gesetzen gemäß durch Ausleihen des Geldes hätte gewinnen können[b].

Anm. [1] Das Verhältniß der für eine gewisse Zeit zu zahlenden Zinsen zu der Hauptsumme heißt Zinsfuß (gesetzlicher, landesüblicher, vertragsmäßiger). Diesen bezeichnet man heutzutage gewöhnlich durch Angabe der jährlichen, bei den Römern aber durch Angabe der monatlichen Procente; daher centesimae usurae = eins vom Hundert monatlich = 12 Procent jährlich, semisses usurae = $1/2$ der centesimae usurae = 6 Procent jährlich, trientes usurae = $1/3$ der centesimae usurae = 4 Procent jährlich, besses usurae = $2/3$ der centesimae usurae = 8 Procent im heutigen Sinn, u. s. w. In der spätern Zeit wurden jedoch centesimae usurae gleich $1/8$ des Capitals oder $12 1/2$ Procent jährlich genommen, indem man jährlich drei Siliquae (Vierundzwanzigtheile) von jedem Solidus des Capitals berechnete. Interpret. ad L. 2. Theod. Cod. de usur. 2. 33. cf. Nov. 32. cap. 1. Nov. 34. cap. 1. Jac. Gothofred. ad L. 1. 2. Theod. Cod. l. c.

[a] L. 5. 8. Cod. h. t. [b] L. 1. pr. D. h. t. L. 37 (38). D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 10. D. de adm. 26. 7. L. 39. §. 1. D. de legat. I.

[2] Das R. R. bestimmt a) 12 Procent jährlich *α*) für die usurae rei iudicatae nach Ablauf der gesetzlichen Zahlungsfrist von vier Monaten, jedoch nur vom ursprünglichen Capital, nicht auch von zugesprochenen Zinsen. L. 2. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. [Durch das Einführ.-Ges. d. R.C.P.O. §. 14. Z. 4 aufgehoben.] *β*) für die Zinsen, welche dem Miteigenthümer eines Hauses wegen ausgelegter Reparaturkosten zu vergüten sind. L. 4. Cod. de aedific. priv. 8. 10. (§. 133.). b) 4 Procent jährlich *α*) in dem Falle des §. 207. A. 2. a. *β*. *β*) für die Zinsen der versprochenen, sowie der zu restituirenden Dos. L. 31. §. 5 (2.) Cod. de iure dot. 5. 12. L. un. §. 7. b. (7.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. *γ*) in Betreff von Vermächtnissen unter Bedingung des Wittwenstandes. Nov. 22. cap. 44. §. 4. cf. Nov. 2. cap. 4. c) 3 Procent in einem einzelnen Falle nach L. 12. §. 1. (pr.) Cod. de pet. hered. 3. 31. d) das regelmäßige gesetzliche Zinsmaximum (§. 209.) für die Zinsen, welche ein Geschäftsführer wegen unbefugter Verwendung von Geldern in seinen eigenen Nutzen zu erstatten hat. L. 37 (38.) D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. §. 4. 10. D. de adm. tut. 26. 7. L. 1. Cod. de usuris pupillaribus. 5. 56. In diesen Stellen sind maximae oder legitimae usurae genannt, worunter zur Zeit ihrer Verfasser centesimae usurae zu verstehen waren, nach Justinianischem Recht aber (§. 209.) nur 6 Procent jährlich zu verstehen sind, obgleich auch darin ausnahmsweise noch centesimae usurae vorkommen. Puchta §. 228. not. aa. Ebenfalls 6 Procent (semisses usurae) werden dem Fiscus zugesprochen. L. 17. §. 6. D. h. t. — Ueber die heutige Anwendung dieser Bestimmungen vgl. §. 210.

## §. 209.

Zinsverbindlichkeiten unterliegen nach römischem Recht folgenden gesetzlichen Beschränkungen: 1) Der Zinsfuß soll bei Geldschulden regelmäßig[a] nicht mehr als 6 Procent jährlich betragen[1]. 2) Von Zinsen sollen nicht wieder Zinsen (usurarum usurae) genommen werden[b], weder so, daß die erwachsenden Zinsen zum Capital geschlagen (sog. *anatocismus* coniunctus), noch so, daß sie als abgesondertes Capital verzinst werden (sog. anatocismus separatus[2]). 3) Die Summe der rückständigen Zinsen soll nicht ultra alterum tantum[c], d. h. nicht höher als bis zum Betrage der Hauptschuld selbst anwachsen[3].

Verletzung dieser Vorschriften ist (unerlaubter) Zinswucher; Rechtsgeschäfte sind, soweit sie ihnen, offen oder versteckt[d], widerstreiten, ungültig und begründen keine Forderung[e]; Zahlung gesetzwidriger Zinsen vermindert von selbst die Hauptschuld und erzeugt, wenn diese schon getilgt ist, eine Klage auf Rückzahlung[f]. Um der Umgehung des Gesetzes vorzubeugen, ist noch insbesondere die Vorwegnahme der Zinsen durch

[a] L. 26. §. 1 sqq. (§. 1.) Cod. h. t. [b] L. 26. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 27. D. de re iud. 42. 1. L. 29. D. h. t. L. 28. Cod. h. t. [c] L. 26. §. 1. D. cit. L. 10. 27. §. 1. Cod. h. t. [d] L. 44. D. h. t. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. [e] L. 9. pr. L. 29. D. h. t. L. 26. §. 1. L. 27. pr. Cod. h. t. L. 3. §. 6. D. de ann. leg. 33. 1. [f] L. 26. pr. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 18. 26. §. 4. (§. 1.) Cod. h. t.

Abzug von der dargeliehenen Summe für unstatthaft erklärt[4], so daß nur das wirklich Gegebene als Capital zu betrachten ist[5].

Anm. [1] Nach älterem Rechte waren centesimae usurae das regelmäßig erlaubte höchste Zinsmaß; Justinian setzte es auf die Hälfte herab, jedoch mit folgenden Ausnahmen: a) Kaufleuten und Fabrikanten sollten 8 Procent, dagegen b) Personen vom Range der Illustres oder noch höherem Range nur 4 Procent jährlich gestattet sein, c) beim foenus nauticum (Dig. 22. 2.), das bis dahin ohne Beschränkung war, [dagegen jetzt Ihering in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 2 fg., der die Beschränkung nicht auf die Seezinsen (Assecuranzprämie), sondern auf die „Landzinsen" (usurae communes) bezieht, die sich der Capitalist zu bedingen pflegte; gegen Ihering aber Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 298. A. 36. und Buechel d. gesetzl. Zinsmaximum beim foen. naut. nach L. 26. Cod. de usur. 4. 32. Erlangen 1883.], so wie bei Darlehen anderer Gegenstände als Geld (specierum foenori dationes) 12 Procent oder vielmehr $1/8$ des Capitals. Ebensoviel aber blieb zudem in einem Falle (§. 208. A. 2. a. $\beta$.) und später noch in einem andern Falle (ibid. $\alpha$.) als gesetzliche Zinsen gestattet. Für Landleute insbesondere beschränkte Justinian später noch die Zinsen von Geldschulden auf 4 Procent oder genauer 1 Siliqua von jedem Solidus. Nov. 34. cap. 1.

[2] Nicht Anatocismus ist es, wenn bezahlte Zinsen wieder verzinslich dargeliehen werden, und ebensowenig verstößt es gegen das Verbot des Anatocismus, daß, wer als Geschäftsführer für einen Andern Zinsen eingenommen, davon seinerseits wieder Zinsen zu vergüten verbindlich werden kann. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. L. 7. §. 12. D. de adm. tut. 26. 7. (§. 207. A. 3.). Streitig: ob auch durch eine nicht in fraudem legis geschehene Novation Zinsen ihre Eigenschaft als solche verlieren und selbst wieder zinstragend werden können? Puchta §. 229. not. ii. bejaht es. Dagegen Fritz Erläutr. III. S. 64 fg. Sintenis §. 87. A. 49. Seuffert's Arch. II. 150. Heimbach a. a. O. S. 451 fg. arg. L. 28. §. 1. (L. 28.) Cod. h. t. „Nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari." Cf. L. 3. Cod. de usur. rei iud. 7. 54. (§. 208. A. 2. a. $\alpha$.). Im Cursus der Inst. III. §. 261. bei not. cc. [8. Aufl. II. S. 315.] sagt auch Puchta, Justinian habe das Verbot des Anatocismus dadurch verschärft, „daß nicht einmal durch eine Novation die rückständigen Zinsen zinsfähig werden sollen". [Vgl. noch Brinz 2. Aufl. §. 308. A. 10.]

[3] Justinian hat sogar, unverständiger Weise, verordnet, daß auch die bezahlten Zinsen in das alterum tantum eingerechnet werden sollen: L. 29. 30. Cod. h. t. Nov. 121. cap. 2. Nov. 138. 160., aber diese Stellen sind alle nicht glossirt. Vgl. überhaupt W. Sell in dessen Jahrb. I. 2. [S. 15 fg.] Heimbach a. a. O. S. 428 .. 449.

[4] Vorausbezahlung von Zinsen, vor der Zeit ihrer Fälligkeit, ist übrigens nicht unstatthaft, L. 57. pr. D. de pact. 2. 14. L. 2. §. 6. D. de doli except. 44. 4., sofern sie nicht zur Verkleidung unerlaubten Zinswuchers dient. Vgl. Sintenis A. 55.

## §. 210.

Das canonische Recht hatte das Zinsennehmen ganz verboten und Zinsgeschäfte für ungültig erklärt, wodurch jedoch weder die Forderung auf das Interesse (§. 206) wegen widerrechtlich verzögerter Zahlung von

[5] L. 26. §. 4. (§. 1.) Cod. l. c.

Geldschulden, noch die Erkaufung einer Rente durch Hingabe einer Hauptsumme, als des Kaufpreises dafür, ausgeschlossen war[1]. In Deutschland aber ist durch eine entschiedene Praxis, unterstützt durch einzelne reichsgesetzliche Bestimmungen, die Zulässigkeit von Zinsgeschäften wieder anerkannt worden. Dadurch hatten denn die Vorschriften des römischen Rechts über Zinsen im Allgemeinen ihre Anwendbarkeit wieder erhalten. Der gesetzliche Zinsfuß aber war auf 5 Procent jährlich herabgesetzt worden[2], und zwar fand dieser Zinsfuß auch in solchen Fällen Anwendung, in welchen nach römischem Rechte noch ausnahmsweise mehr als 6 Procent gestattet sind[3]. [Reichsgesetze aus jüngster Zeit haben endlich (abgesehen von den schon früher durch das H.G.B. Art. 287 . . 293 bewirkten tiefgreifenden Veränderungen) abermals dem Rechte der Zinsen neue Richtungen[4] gegeben, einerseits indem sie die früheren Beschränkungen der Privatwillkür in Bestimmung der Höhe der Zinsen beseitigten[5], andrerseits indem sie neue Kriterien des Wuchers aufstellten[6].]

Anm. [1] Ueber das canonische Recht vgl. X. de usuris. 5. 19., in 6to. 5. 5., Clem. 5. 5. Böhmer ius eccles. lib. V. tit. 19. [Endemann Studien in der roman. canon. Wirthschafts- und Rechtslehre I. (1874.) II. (1883.) passim, bes. Nr. I. S. 9 fg., Nr. X. (II.) S. 359 fg. (drbr. Inama in d. Wiener Ztschr. II. S. 617 fg.; vgl. ebenda XI. S. 488 fg.) Funk Geschichte des kirchlichen Zinsverbots. 1876. (drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 566 fg.)]

[2] Die einschlagenden reichsgesetzlichen Bestimmungen sind a) R.P.O. v. 1577. Tit. 17. §. 9. „Und nachdem die Widerkaufs-Gülten allenthalben in Landen gemein seyn, so sollen mit hundert Gülden Haupt-Gelds nicht mehr dann Fünff Gülden jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft werden." b) R.P.O. Tit. 20. §. 6. „Damit aber die Juden ihre Leibsnahrung haben mögen, so soll ihnen nicht mehr dann Fünff vom hundert zum Wucher zu nehmen, erlaubt seyn." c) R.D.A. von 1600. §. 139. vgl. §. 206. A. 2. d) J.R.A. von 1654. §. 174. „Anreichend die künftige Zins und Interesse" (nämlich von den aus der Zeit des dreißigjährigen Krieges herrührenden Schulden) „sollen von nun an dieselbe, sie seyen aus wiederkaufflichen Zinsen oder vorgestreckten Anlehen herrührig und versprochen, ... weiter nicht als Fünff pro Cento alle und jede Jahre ... bezahlet ... werden." Vgl. Gerstlacher's Hdb. d. Reichsgesetze X. §. 83. 87. 91. 92. [S. 2113 fg. 2132 fg. 2175 fg.] Emminghaus Corp. iur. germ. II. S. 92. 100. 197 fg. 349 fg. Fritz Erläutr. III. S. 46 fg. Heimbach a. a. O. S. 423 fg. [Wächter II. S. 295 fg. Endemann a. a. O. II. Nr. VI. S. 103 fg. Nr. XI. S. 383 fg.]

[3] Vgl. §. 208. A. 2. §. 209. A. 1. Jedoch ist davon ausgenommen das foenus nauticum (§. 283.). Auch ist Berechnung eines höhern Interesse nicht ausgeschlossen (§. 206. A. 2.). Dagegen werden nun auch in den Fällen des §. 208. not. b. ohne weiteres 5 Procent zugesprochen, wie der R.D.A. von 1600. §. 139. bezüglich der Verzugszinsen von Gelddarlehen ausdrücklich vorschreibt: „der Vermuthung halben, daß der creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom hundert fünff wohl haben möge." [Dazu Behrend in d. Ztschr. für Rechtsgesch.

XIV. Germ. Abth. S. 85 fg.] Mit Unrecht bestreitet Puchta §. 229. not. bb. dieses Grundes wegen die Gesetzmäßigkeit der Praxis, welche hierin eine gesetzliche Fixirung der Verzugszinsen findet; denn der R.D.A. gibt ausdrücklich die Absicht kund: „damit die Partheien in puncto liquidationis an unserm Kays. Cammer-Gericht des langweiligen Proceß enthoben seyn möchten, auch jetzt gemeldt Cammer-Gericht damit nicht überladen, ein gewisses loco interesse a tempore morae zu statuiren und zu setzen", und verordnet, von obiger Vermuthung ausgehend, daß „derentwegen den Creditoren fünff Gülden von hundert bezahlt werden" u. s. w. Vgl. Gerstlacher a. a. O. §. 87. [S. 2133.] In andern Fällen wollen Manche der consequenten Praxis zuwider noch die besondern römisch-rechtlichen Bestimmungen über das Zinsmaß festhalten. Seuffert §. 233. vgl. Windscheid §. 260. A. 4.

[4 Vgl. zum folgenden: Mandry Reichsges. S. 295 fg. (2. Aufl. S. 401 fg., 583 fg.) Windscheid 5. Aufl. §. 260. 261. Dernburg Pr. Pr.R. 2. Aufl. II. §. 36. 292. Schwarze Reichsgesetz, betreffend den Wucher v. 24. Mai 1880. Erlangen 1881. Brinz 2. Aufl. II. S. 564 fg. Eine ähnliche Entwicklung vollzog sich in Oesterreich. Vgl. die Ges. v. 14. December 1866, 14. Juni 1868, 19. Juli 1877 und 28. Mai 1881. Chorinsky der Wucher in Oesterreich. 1877.]

[5 Das „Reichszinsengesetz" (Gesetz des norddeutschen Bundes „betreffend die vertragsmäßigen Zinsen") v. 14. Nov. 1867 überläßt (§. 1.) „die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und für andere creditirte Forderungen .. der freien Vereinbarung" und hebt die entgegenstehenden privat- und strafrechtlichen Bestimmungen auf. Doch hält es (§. 2.) ein Zinsmaximum von 6% für ein Jahr insofern fest, als der Regel nach (Ausnahmen: bei Inhaberpapieren, Darlehen, welche ein Kaufmann empfängt, Schulden eines Kaufmanns aus Handelsgeschäften) der Schuldner, welcher einen höheren Zinssatz zugesagt hat, „zu einer halbjährigen Kündigung des Vertrages befugt" ist; „jedoch kann er von dieser Befugniß nicht unmittelbar bei Eingehung des Vertrages, sondern erst nach Ablauf eines halben Jahres Gebrauch machen," und es kann dieses Kündigungsrecht auch durch Vertrag nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden, wohl aber können (§. 5.) Landesgesetze dasselbe in Wegfall bringen oder bestimmen, „daß ein höherer Zinssatz als 6% oder eine längere Kündigungsfrist als 6 Monate für die bezeichnete Befugniß maßgebend sei." Danach ist unberührt geblieben das Verbot des Anatocismus und wohl auch das des Zinsennehmens ultra alterum tantum, soweit nicht beide durch das H.G.B. Art. 291. 293. beseitigt sind; entfallen aber ist die Fixirung des Zinsmaximum auf 5% (insbes. bleibt — §. 3. d. Ges. — der pactirte Zinsfuß, wenn er höher als der gesetzliche ist, auch für die Verzugszinsen maßgebend), entfallen das Verbot der Vorwegnahme von Zinsen, die Bestimmungen über die Richtigkeit der zuwiderlaufenden Verträge und über die Condicirbarkeit der zu viel bezahlten, sowie über die Abrechnung der voraus bezahlten Beträge.]

[6 Reichsges. v. 24. Mai 1880, betreffend den Wucher, Art. 1: „Wer unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen für ein Darlehen oder im Falle der Stundung einer Geldforderung sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wird wegen Wuchers ... bestraft.." Die Strafen sind erhöht, wenn er „sich oder einem Dritten die wucherlichen Vermögensvortheile verschleiert oder wechselmäßig, oder unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich

**oder unter ähnlichen Versicherungen oder Betheuerungen versprechen" ließ. Verträge, welche gegen diese Vorschriften verstoßen, sind ungültig, und erwachsen bezüglich des Geleisteten die entsprechenden Condictionen.]**

## §. 211.

### d) Strafzahlung.

Aus Rechtsverletzungen kann die Verbindlichkeit hervorgehen, dem Verletzten noch außer dem einfachen Ersatze, d. i. zur Strafe, etwas zu leisten (§. 98). Eine Strafe kann aber auch durch Verabredung festgesetzt werden (sog. Conventionalstrafe, Strafgeding[1]), indem sich Jemand durch Vertrag einem vermögensrechtlichen Nachtheil unterwirft für den Fall, daß er etwas thun oder unterlassen, daß eine andere Leistung von seiner Seite nicht oder nicht gehörig erfolgen werde[a]. Es liegt darin ein bedingtes Versprechen[1a], wobei es nur darauf ankommt, ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts unter dieser bestimmten Bedingung zulässig und gültig sei[b]. Zweck dieses Versprechens aber ist, jene andere Leistung zu sichern oder zu befördern[c]. Es ist möglich, aber nicht nothwendig, daß diese zugleich Gegenstand einer für sich bestehenden gültigen Obligatio sei[d]. Das Strafgeding kann auch dazu dienen, indirect eine Leistung zu befördern, bei welcher man gar kein oder ein schwer nachzuweisendes vermögensrechtliches Interesse hat oder aus anderem Grunde ein Forderungsrecht nicht erwirbt[e]. Soll aber dasselbe dazu dienen, eine andere obligatorische Leistung zu sichern, so kann es zu dieser in verschiedenartigem Verhältniß stehen. Die Verabredung kann 1) auf reine Strafe gerichtet sein, so daß ungeachtet derselben die Hauptverbindlichkeit in voller Wirkung bestehen bleibt[f]. Sie kann aber auch 2) bloß den Zweck haben, im voraus das alsdann nicht erst näher nachzuweisende Interesse des Gläubigers, sei es wegen gänzlicher Nichterfüllung oder wegen mangelhafter Erfüllung, festzusetzen, so daß nicht die Strafe und das Interesse, sondern nach dem einen nur noch der Mehrbetrag des andern gefordert werden kann[g]. Sie kann insbesondere auch 3) den Sinn haben, daß der Verpflichtete nach seinem Belieben durch Zahlung der Strafe sich der Hauptverbindlichkeit entledigen kann (sog. Wandelpön, mulcta poenitentialis), in welchem Falle eigentlich eine alternative Obligatio vorliegt[h]. Zu bestimmen,

[a] §. 7. J. de V. O. 3. 15. [b] L. 61. 69. 123. 134. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 13. §. 26. D. de act. emt. 19. 1. (§. 209. not. d.) Vgl. §. 72. [c] L. 71. D. de V. O. [d] L. 115. D. de V. O. L. 16. D. de transact. 2. 15. [e] L. 38. §. 17. D. de V. O. §. 19. 21. J. de inutil. stip. 3. 19. cf. L. 3. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 11. D. de stip. praet. 46. 5. [f] L. 115. §. 2. D. cit. L. 16. D. cit. [g] L. 41. 42. 71. pr. D. pro socio. 17. 2. L. 28. 47. D. de act. emt. 19. 1. L. 23. pr. D. de recept. 4. 8. L. 12. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 10. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 15. D. de transact. 2. 15. [h] L. 115. cit. in f.

was im einzelnen Falle anzunehmen sei, ist Sache der Willensauslegung[2]; im Zweifel aber wird, wo nicht etwa die Geringfügigkeit der Strafe im Vergleich zum Interesse dagegen spricht, eher das zweite anzunehmen sein[i].

Durch die Verabredung einer Strafe kann die Leistung, welche dadurch gesichert werden soll, gewissermaßen den Charakter einer untheilbaren erhalten, wenn sie auch an sich theilbar ist[k]: insofern nämlich die Strafe verwirkt wird, wenn auch nur zu einem Theil jene Leistung nicht erfolgt[3].

Anm. 1 Vgl. Savigny Obligationenrecht II. §. 80. Lang Kritik des bayer. Entw. II. S. 30 fg. Randa zur Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe 1869. [F. Manns v. d. Conv.-Strafe I. 1876. (drbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1876. Nr. 21.) Dernburg II. §. 39..42. Die modernen Zinsgesetze (§. 210 a. E.) berühren auch die Conventionalstrafen. Vgl. Mandry a. a. O. S. 298 fg. 304. (2. Aufl. S. 403 fg. 410.)] Uebrigens kann auch durch letztwillige Verfügung eine Strafe festgesetzt werden. §. 491. A. 4.

[1a Vgl. jedoch auch Vangerow §. 614. A.]

2 Nach L. 44. §. 6. D. de O. et A. 44. 7. war man, wenn die Hauptobligatio eine Stipulation war und hinterher eine Strafe stipulirt wurde, geneigter, darin eine bedingte Aufhebung des ersten Versprechens (Novation §. 268.) zu finden; nicht so bei bonae fidei contractus, nach not. g. Vgl. übrigens Maxen Beweislast S. 225 fg. Windscheid §. 285. 286. [Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 398 fg. bes. S. 406 fg. erklärt die von der herrschenden Lehre behauptete Beziehung der Conventionalstrafe zum Interesse (Text Nr. 2.) für unrichtig. Das begriffliche Wesen der Conv.-Strafe liege nur in der Coercitio.]

3 Vgl. Ubbelohde untheilb. Obl. §. 17. S. 121 fg.

## C. Subjecte der Obligatio.

### §. 212.

Bei jeder Obligatio kommen wesentlich zwei Personen vor, Gläubiger und Schuldner (§. 201). Ist ein Schuldverhältniß von der Art, daß eben nur der eine etwas zu fordern, der andere dieses zu leisten hat, so heißt die Obligatio eine einseitige, sog. obligatio unilateralis. Es gibt aber Schuldverhältnisse, bei denen es wesentlich ist, daß der Erwerb der Forderung zugleich mit Uebernahme einer Verbindlichkeit verbunden ist, daß also beide Subjecte zugleich Gläubiger und Schuldner werden. Diese heißen gegenseitige Schuldverhältnisse, sog. obligationes bilaterales. Davon sind noch zu unterscheiden solche Schuld-

i L. 34. D. de R. J. (§. 75. not. k.) k L. 25. §. 13. D. fam. erc. 10. 2. L. 47. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. §. 3 a (3). 4. L. 85. §. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. eod. L. 9. §. 1. D. si quis caut. 2. 11.

verhältnisse, bei welchen wesentlich und zunächst nur auf einer Seite eine Verpflichtung begründet ist, durch besondere Umstände aber auch eine Gegenforderung des wesentlich allein Verpflichteten entstehen kann, sog. obligationes bilaterales inaequales.

[Anm. Vgl. unten §. 284. und Wächter §. 176. 185. Beil., aber auch Brinz 2. Aufl. §. 224. und etwa Walter Encyclop. §. 168.]

## §. 213.

Der einfachste Fall eines Schuldverhältnisses ist, wenn ein Gläubiger etwas zu fordern, ein Schuldner es zu leisten hat. Es kann nun wohl auch eine Leistung desselben materiellen Inhalts zugleich Gegenstand der Forderung oder Verpflichtung mehrerer Personen sein, welche ohne Beziehung zu einander jede denselben Gegenstand zu fordern berechtigt, beziehungsweise zu leisten schuldig sind[a]; hier bestehen denn mehrere von einander unabhängige Obligationen, die nur in Ansehung des Gegenstandes mit einander collidiren. Es kann ferner eine Forderung oder Verbindlichkeit, von Anfang an oder in Folge später eingetretener Umstände, unter mehrere Personen derart getheilt sein, daß jede von diesen einen Gegenstand theilweise, keine den ganzen Gegenstand zu fordern berechtigt oder zu leisten schuldig ist[b]; dann sind wiederum mehrere Obligationen vorhanden, von denen jede nur auf einen Theil einer gewissen Leistung gerichtet ist*. Aber es können auch in Ansehung einer und derselben Leistung Mehrere in der Art Gläubiger oder Schuldner sein, daß jeder von diesen jene ganz zu fordern berechtigt, beziehungsweise zu gewähren schuldig ist, die Leistung aber überhaupt nur einmal erfolgen soll, nur einem Gläubiger, beziehungsweise nur von einem Schuldner das Ganze zu leisten ist, die Forderung oder Verbindlichkeit der mehreren Gläubiger oder Schuldner also völlig einen und denselben juristischen Inhalt hat. Ein solches Verhältniß bezeichnet der Ausdruck: Gesammtschuldverhältniß; in dem einen Falle besteht eine Gesammtforderung, die mehreren Gläubiger heißen Gesammtgläubiger; in dem andern Fall ist eine Gesammtschuldverbindlichkeit vorhanden, die mehreren Schuldner heißen Gesammtschuldner. Die Begründung der ersten kann dem Zwecke dienen, den betheiligten Gläubigern die Verwirklichung der Forderung zu erleichtern, indem jeder von ihnen dem Schuldner gegenüber selbständig als Gläubiger auftreten und die ganze

[a] L. un. §. 11..11 d. (§. 11.) Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. 47. 10. L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 55. §. 1. D. de adm. 26. 7. [b] L. 11. §. 1. 2. D. de duob. reis. 45. 2. L. 85. pr. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 31. §. 10. D. de aed. ed. 21. 1. L. 43. D. de re iud. 42. 1. L. 1. 2. Cod. si plur. una sent. 7. 55. L. 5. Cod. si certum pet. 4. 2.

Leistung verlangen kann; die zweite erfüllt den doppelten Zweck, dem Gläubiger nicht nur die Rechtsverfolgung zu erleichtern, sondern auch die Erfüllung zu sichern, indem er, wie es ihm zusagt, den einen oder andern Schuldner in Anspruch nehmen kann und gegen Verlust gedeckt ist, sofern nur einer derselben zahlungsfähig ist und bleibt[1]. Nach römischem Recht nun konnte ein Schuldverhältniß dieser Art namentlich durch gemeinschaftlichen Verbal-Contract begründet werden[2], und zwar eine Gesammtforderung, indem auf die von Mehreren gestellte Frage der Gefragte durch entsprechende Antwort ein und dasselbe zu leisten allen sich verpflichtete; eine Gesammtschuld, indem Mehrere von Einem gefragt durch entsprechende Antwort ein und dasselbe zu leisten sich alle verpflichteten[3]. Dort heißen die mehreren Gläubiger duo oder plures rei stipulandi, hier die mehreren Schuldner duo oder plures rei promittendi[c]. Gleicherweise aber konnte auch durch besondere Festsetzung bei andern Schuldverträgen eine Gesammtforderung oder Verbindlichkeit Mehrerer bewirkt werden[d], und ebenfalls war dies möglich durch Vermächtniß, wenn der Testator es so wollte[e], [und endlich kann eine gesetzliche Bestimmung auch an einen anderen Thatbestand die Entstehung solcher Schuldverhältnisse anknüpfen[3a]]. Auf diese weitere Ausdehnung geht der Ausdruck: duo rei credendi oder debendi[f] und mit letzterem gleichbedeutend auch im weitern Sinn: duo rei promittendi[g]. Mit einem Wort aber wird der Mitschuldner *correus* genannt[h], und darnach nennt die moderne Terminologie das Gesammtschuldverhältniß obligatio correalis, Correalobligation, und zwar die Gesammtforderung active Correalobligation, die Gesammtschuldverbindlichkeit passive Correalobligation[4].

Die sogen. Correalobligation nun stellt sich im Ganzen betrachtet als eine identische Obligatio (una eademque obligatio) dar[i]; eine und dieselbe nur einmal zu erfüllende ganze Leistung bildet den Inhalt derselben. Zugleich aber erscheinen dabei mehrere activ oder passiv gleichmäßig als Subjecte der Obligatio, als Gläubiger oder Schuldner, und ist in so fern von mehreren Obligationen die Rede[k]. Die Correal-

[c] Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi. 3. 16. Dig. de duobus reis constituendis. 45. 2. Cod. de duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi. 8. 39 (40). [d] L. 9. pr. D. h. t. L. 13. §. 9. D. locati. 19. 2. L. [1.] Cod. h. t. (bei Krüger in Note 11). cf. L. 17. §. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. [e] L. 9. pr. cit. L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. pr. D. de legat. III. — L. 16. D. de legat. II. cf. L. 4. pr. §. 1 . . 1 c. (§. 1.) Cod. de V. S. 6. 38. [f] L. 34. pr. D. de recept. 4. 8. [g] L. 9. pr. cit. [h] L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. [i] L. 2. 3. §. 1. L. 19. D. h. t. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 14. D. ratam rem hab. 46. 8. L. 62. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. pr. §. 1. J. h. t. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [k] L. 3. pr. L. 9. §. 2. L. 18. D. h. t. L. 5. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93. §. 2. D. de solut. 46. 3. cf. L. 128. D. de V. O. 45. 1.

obligation ist objectiv Eine Obligatio mit mehrfacher subjectiver Beziehung auf der Gläubiger- oder Schuldner-Seite[5]. Unverkennbar hat sie auch eine gewisse Verwandtschaft mit der alternativen Obligatio (§. 203); wie bei dieser derselbe demselben das eine oder das andere zu leisten hat, so ist bei jener dasselbe dem einen (beziehungsweise von dem einen), oder dem andern (beziehungsweise von dem andern), zu leisten; man könnte die Correalobligation eine subjectiv-alternative nennen[6]. Jeder einzelne Gesammtgläubiger kann für sich ganze Erfüllung fordern, auf die ganze Leistung (in solidum) klagen; jeder einzelne Gesammtschuldner kann auf die ganze Leistung (in solidum) belangt werden[l]; aber die vollständige Erfüllung an einen der Gläubiger, beziehungsweise durch einen der Schuldner hebt die Obligatio nothwendig für alle auf[m]. Dieselbe Wirkung müssen auch andere Ereignisse haben, die vollständiger Befriedigung eines der Gesammtgläubiger, beziehungsweise des einzigen Gläubigers gleichzuachten sind[n]. Andere Umstände dagegen gibt es, welche die Obligatio nur in der Person des einen Correus berühren, nur die Forderung des einen Gläubigers beseitigen oder nur den einen Schuldner befreien[o], während in Ansehung der übrigen die Obligatio fortbesteht[7], oder[p] durch welche die Forderung auf eine bestimmte Person mit Ausschluß der übrigen fixirt wird[8]. Auch die anfängliche Gültigkeit der Forderung oder Verpflichtung des einzelnen Mitgläubigers oder Schuldners ist nicht davon abhängig, daß die Obligatio auch in Ansehung der übrigen zu Recht bestehe[q], wenn nur kein den objectiven Bestand der Obligatio und somit alle Theilnehmer gleichmäßig betreffender Grund der Ungültigkeit vorliegt; und so kann auch bei Begründung der Correalobligation eine Verschiedenheit in Nebenbestimmungen für die einzelnen Theilnehmer statt haben[r]. Welches Rechtsverhältniß übrigens unter den Mitgläubigern oder Mitschuldnern bestehe, das kommt an sich dem gemeinsamen Schuldner oder Gläubiger gegenüber nicht in Betracht: es kann ein Gesellschaftsverhältniß (societas) sein[s], aber dies ist weder wesentlich, noch versteht es sich von selbst; von jenem [Rechtsverhältniß] aber hängt es ab, ob, wer das Ganze empfangen, den Mitgläubigern einen Antheil herausgeben müsse, ob, wer das Ganze gezahlt hat, von den Mitschuldnern entsprechenden Ersatz

[l] §. 1. J. h. t. L. 2. 3. §. 1. D. h. t. [m] L. 2. D. h. t. [n] L. 13. §. 12. L. 16. D. de acceptilat. 46. 4. L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. cf. L. 28. pr. §. 3. L. 42. §. 1. 2. D. de iureiur. 12. 2. [o] L. 19. D. h. t. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. [p] L. 16. D. h. t. L. 10. D. de pec. const. 13. 5. L. 11. §. 21. D. de legat. III. cf. L. 28. Cod. de fideiuss. 8. 40 (41). [q] L. 6. pr. §. 2. L. 8. 12. D. h. t. [r] §. 2. J. h. t. L. 7. 9. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [s] L. 71. pr. cit.

verlangen könne[1]. Der das Ganze Zahlende kann sich jedoch, wenn ihm nicht besondere Gründe entgegenstehen, eine Ersatzforderung gegen die Mitschuldner dadurch sichern, daß er sich zuvor die Klage gegen diese abtreten läßt[8], und diese Abtretung kann nach Umständen[v] vom klagenden Gläubiger rechtlich begehrt, oder auch ohne sie eine utilis actio dem zahlenden Schuldner gegen die Mitschuldner gegeben werden[9].

[* Brinz 2. Aufl. §. 284.]

Anm. [1] Dies ist sehr gut ausgeführt von Savigny Obl. I. §. 22. [Vgl. unten §. 214. A. 2. a. A. und schon Zeiller Commentar über das a. b. G.B. f. d. gesammten deutschen Erbländer d. österr. Mon. (1812.) III. S. 69..72.] Bei der Gesammtforderung hebt Sintenis II. §. 89. A. 11. als vorherrschend die Rücksicht auf die Bequemlichkeit der Leistung im Interesse des Schuldners hervor. Diesem Zwecke dient wohl mehr die Beiziehung eines Zahlungsempfängers (§. 261.). Dem Zweck der Sicherung der Erfüllung kann auch die accessorische Verpflichtung Anderer neben einem Hauptschuldner dienen, die aber hier vorerst noch nicht in Betracht kommt. Vgl. §. 349 fg.

[2] Diesen „Musterfall" einer Gesammtobligatio behandelt insbesondere eine gründliche Ausführung von Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 18. XIX. 2. Vgl. übrigens Savigny Obl. I. S. 146 fg. Ueber die Anwendung des Literalcontracts zu gleichem Zweck, insbesondere bei Argentarien (L. 9. pr. D. de pact. 2. 14. L. 34. pr. D. de recept. 4. 8.) daselbst S. 148 fg.; dagegen jedoch Salpius Novation und Delegation S. 97 fg.

[3] Streitig, ob dies nur in einem Act, durch Verschlingung der mehrfachen Fragen oder Antworten, oder auch in getrennten Stipulationen geschehen konnte? Vgl. Fritz a. a. O. XVIII. S. 363..370., welcher sich für das erste entscheidet, arg. pr. J. h. t. L. 12. pr. D. h. t. [Vgl. Unger a. dem in A. 5. a. O. S. 280 (74) fg.]

[3a Vgl. z. B. H.G.B. Art. 112. Wechs.O. Art. 81. Reichsges. v. 4. Juli 1868 betreffend die privatr. Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften §. 12. Abs. 1.: „Insoweit die Genossenschaftsgläubiger aus dem Genossenschaftsvermögen nicht befriedigt werden können, haften ihnen alle Genossenschafter, ohne daß diesen die Einrede der Theilung zusteht, für die Ausfälle solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen..." Dazu §. 3. Z. 12. Mandry Reichsges. S. 289 (2. Aufl. S. 393) fg. Windscheid 5. Aufl. §. 297 a. E. — Unger S. 283 (77) fg., überhaupt über die Entstehungsgründe und Fälle S. 277 (71) fg.]

[4] Savigny S. 153 fg. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XXII. 12. Windscheid §. 297. Ueberall ist wesentlich, daß der Wille auf Begründung einer Gesammtobligatio gerichtet sei; im Zweifel ist vielmehr eine Theilung der Forderung oder Schuld anzunehmen; L. 11. §. 1. D. h. t. (not. b.). [Jedoch verwandelt das H.G.B. Art. 280. diese Vermuthung für den Fall, daß zwei oder mehrere Personen in einem Geschäfte, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingehen, in ihr Gegentheil.] Im Deutschen pflegt man sich dazu namentlich des Ausdrucks „sammt und sonders" oder „alle für einen und einer für alle" zu be-

[t] L. 1 (2). Cod. h. t. 8. 39 (40). L. 62. pr. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. L. 39. D. de fideiuss. 46. 1. L. 11. Cod. eod. 8. 40 (41). [u] L. 47. D. locati. 19. 2. L. 39. cit. [v] Cf. not. s. t. L. 65. D. de evict. 21. 2.

dienen, auch wohl des Wortes „solidarisch", obwohl diese noch nicht zu fester Terminologie gediehen sind. Brinz krit. Blätter Nr. 4. S. 39. Samhaber z. L. v. d. Correalobligation S. 163 fg. Seuffert's Arch. X. 22. [Unger S. 244 (38) fg.] Als Entstehungsgrund einer Correalobligation führt man auch noch richterliches Urtheil an, arg. L. 1. Cod. si plur. una sent. 7. 55. cf. L. 43. D. de re iud. 42. 1.; aber dies ist nur richtig in dem Sinn, daß durch Urtheil die streitige Correalität entschieden und festgestellt werden kann. Savigny a. a. O. S. 158., vgl. Brinz a. a. O. S. 11. Sintenis §. 89. A. 42. Samhaber a. a. O. S. 166 fg.

5 Diese Auffassung der Correalobligation, angedeutet von Keller Litiscontestation [S. 413 fg.] S. 443 fg., weiter ausgeführt von Ribbentrop zur L. v. d. Correalobl. Göttingen 1831, ist seitdem die herrschende geworden (vgl. Savigny Obl. I. §. 16 fg. Vangerow III. §. 573.), dann freilich von mehreren Seiten angefochten (Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. 1., Kuntze die Obl. S. 115 fg. Helmolt die Correalobl. 1857., auch Sintenis in der 2. und 3. Aufl. §. 89., Seuffert 4. Aufl. §. 228.), aber dagegen wieder vertheidigt von Dworzak in d. krit. Ueberschau IV. S. 57 fg. E. Zimmermann in d. Heidelb. krit. Ztschr. V. S. 146 fg., Windscheid in d. krit. Ueberschau VI. 11., Samhaber z. L. v. d. Correalobligation. 1861. S. 83 fg. (nach vorgängiger ausführlicher Ueberschau der neuern Literatur dieser Lehre S. 5 . . 82.), Dworzak in Haimerl's Vjschr. VIII. Lit. S. 41 fg. Windscheid in d. krit. Vjschr. III. S. 161 fg. [Wächter II. S. 307.] Vgl. Windscheid Pand. §. 293. A. 1. — Brinz a. a. O. S. 18 fg. und Pand. 1. Aufl. S. 615 fg. [2. Aufl. §. 253.] erklärt die Einheit der Obligatio aus dem Gesichtspunkt der Vertretung, womit auch übereinstimmen Wirth im civ. Arch. XXXIX. S. 129 fg. Rudorff zu Puchta §. 233. not. a.; und allerdings, entweder übernimmt der eine allein die Vertretung für den andern in einer Obligation, die materiell diesen allein angeht, oder beide übernehmen die Vertretung für einander in einer Obligatio, die materiell beide zum Theil angeht. [Vgl. Brinz 2. Aufl. §. 253. S. 171.] Aber das Charakteristische der Correalobligation ist eben dies, daß darin der andern Partei gegenüber die Vertretung nicht hervortritt, sondern jeder für dasselbe Ganze als Selbst-Gläubiger oder Schuldner erscheint, und jene materielle Vertretung in der Correalobligation ist nicht durchaus in Parallele zu stellen mit der durch accessorische Obligatio für einen Andern. Vgl. Fritz a. a. O. XVIII. S. 361. 390. Windscheid in d. krit. Ueberschau a. a. O. S. 225 fg. — Bekker d. processſ. Consumption S. 227 fg. faßt die Correalobl. als materiell eine (una obl.) mit mehreren Klagen (plures obl. in diesem Sinn) auf, wogegen zu bemerken, daß dieselbe unzweifelhaft für den einen oder andern Theilnehmer auch bloß als naturalis obl. bestehen kann (§. 217.). Fritz a. a. O. §. 7 . . 10. erklärt die Auffassung der Correalobl. als einer Gesammtobligatio und die einer Mehrheit von Obligationen, woraus jene zusammengesetzt ist, sowie den verschiedenen Sprachgebrauch der Quellen (not. i. k.) für gleichberechtigt, ohne das eine oder andere zur Hauptsache zu machen. Eine neue Construction versucht Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 205 bis 391.; er unterscheidet in dem Correalverhältniß so viele Sonderobligationen, als Gläubiger oder Schuldner dabei betheiligt sind, und darüber schwebend eine einige Gesammtobligation Aller, die als eine Person gedacht das Subject der einen Gesammtobligation seien. Und Siebenhaar Correalobl. nach röm. gemeinen und sächſ. Recht, 1868. S. 26 fg. erkennt zwar in der Correalobl. eine Mehrheit von Obl., die aber „äqual" und daher trotz ihrer Mehrheit eine einzige Obl. seien! Vgl. Windscheid Pand. §. 292. A. * und §. 293. A. 1. gegen E. [Brinz Pand. 2. Aufl. §. 235.

a. E.: „Unsere . . . Auffassung läßt an fast allen anderen Theorien etwas Gutes . . . nur für die Siebenhaar'sche Lösung . . . hat sie keinen Raum."] — Bruns in Holtzendorff's Encyclop. 2. Aufl. I. S. 381 fg. Brinz zur L. v. d. Correalobl. und den solidarischen Schuldvh. 1873. (Festgabe zu Arndts' 70. Geburtstag, auch in d. krit. Vjschr. XVI. S. 1 fg.) Weibel die Correalobl. im R. R. 1873. (vrbr. Bekker in d. Jen. Ltztg. 1874. Nr. 9.). Czyhlarz Beitr. z. L. v. d. Correalobl. in d. Wiener Ztschr. III. S. 59 . . 139. [Steinlechner Wesen der Juris Communio I. S. 118 fg. 165 fg. Dernburg II. §. 47. bes. A. 7. Die neuesten Schriftsteller sind gegen die bisher herrschende Einheitstheorie; so Waldner d. Lehre v. d. Proceßkosten (1888) S. 164 fg., der (unter Vorbehalt weiterer Entwicklung S. 166, Note 212.) behauptet, die Verpflichtung des Correalschuldners sei theils eine materiell eigene (soweit er nämlich „auch ohne correale Verbindung obligirt wäre"), theils eine fingirt eigene (soweit er es ohne jene nicht wäre), also, wie es scheint, ganz und gar eine „fingirt eigene", wenn er ohne die correale Verbindung gar nicht obligirt wäre?; auch Ryck L. v. d. Schuldvh. S. 55 59 fg. meint, „die Lösung des Problems könne nur von Seiten der Mehrheitstheorie gelingen," und betont den „Verkehrszweck". „Die Correalität beruht . . darauf, daß trotz einer Mehrheit bestehender solidarischer Forderungsrechte . . doch nur eine einmalige Geltendmachung des identischen Forderungsinhaltes gegeben ist, jene Mehrheit also in einer Einheit der Ausübung und Realisirung aufgeht." S. 62. Vorzüglich aber vgl. nun gegen die herrschende Lehre Unger passive Correalität und Solidarität im röm. u. heut. Rechte, in d. dogm. Jahrb. XXII. 2. bes. §. 1. und S. 256 fg. Ihm ist die Correalobligation (zu der im modernen Recht weit mehr Fälle gehören, als im römischen, S. 244.), „die zu einer Einheit zusammengefaßte Mehrheit von Obligationen" (S. 212.), „eine combinirte, eine vereinte, eine Verbandobligation", „Einheit und Mehrheit zugleich" (S. 215.), eine „collective Einheit, welche in der Zusammenfassung einer Mehrheit oder Vielheit zur Einheit besteht" (S. 218. 219.), „nicht etwa eine von den einzelnen Obligationen verschiedene und über ihnen schwebende selbständige Obligation, sondern eine aus den einzelnen Obligationen zusammengesetzte Obligation, eine Collectivobligation . . . die Einheit einer mehrgliedrigen Obligation . . ., eine mehrgliedrige Obligation" (S. 220. 221.), „eine Gesammtobligation" (S. 225.), correcter: „eine Obligationengesammtheit" (ebenda S. 215.). Auch die einzelnen Schuldner sind zur Einheit verbunden, „ihre Haftung ist eine vereinte, eine gemeinsame"; sie haften „jeder einzeln und alle zusammen", so, „daß sie mit einander eine Person ausmachen", die jedoch keine juristische Person ist (S. 223 fg.). Sie haften „miteinander", aber nicht auch ohne weiteres für einander (S. 245. 247.). (Weitere die Lehre v. der Correalität betreffende Abhandlungen sind S. 218. Note 10. S. 250. Note 92. in Aussicht gestellt.) (Im Sep.Abdr. S. 50 fg. 38. 6. 9. 12 . . 15. 19. 9. 17. 39. 41. 7. 44.)] Ueberhaupt vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 292. A. * §. 293. A. 1.

6 Dieser Gesichtspunkt ist vorzüglich hervorgehoben von Girtanner die Stipulation S. 252 fg., und davon ausgehend hat sodann die ganze Theorie der Correalobl. ausgeführt Fitting die Natur der Correalobl. 1859., indem er diese als eine in Ansehung des Subjects zunächst noch unbestimmte Obl. auffaßt, die erst durch Auswahl (electio) für ein bestimmtes Subject festgestellt werde. Ihm sind ganz oder im Wesentlichen beigetreten Goldschmidt in d. Ztschr. f. Handelsrecht III. S. 267 fg. und Stintzing in d. krit. Vjschr. I. S. 509 fg. Dagegen aber vgl. Kuntze in Schletter's Jahrbuch VI. S. 291 fg. Samhaber a. a. O. S. 71 . . 82. 92 . . 100. und vorzüglich S. 125 fg. Windscheid in d. krit. Vjschr. III. S. 164 fg. Dworzak a. a. O.

VIII. S. 53 fg. Fritz a. a. O. XVIII. S. 390 fg. XIX. S. 101., aber auch Windscheid Pand. §. 298. A. 1., der ein wahres Element in dieser Auffassung nicht verkennt. [Brinz 2. Aufl. §. 254. S. 181: „nicht als ob die Correalobligationen selbst Alternativobligationen wären, sondern weil die Alternativobligirten dem Effecte nach so obligirt sind, als ob sie als duo rei promittendi constituirt worden wären." A. 11: „sicher sind die correi von vornherein Alle in obligatione."]

[7] L. 19. D. h. t. Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur; multum enim interest utrum res ipsa solvatur an persona liberetur; quum persona liberatur, manente obligatione, alter durat obligatus. L. 71. pr. D. 46. 1. „persona tantum exemta confusa obligatione." Darin fand Keller a. a. O. [S. 447.] „die sehr einfache Regel, daß alle Schicksale, welche den objectiven Bestand der Obligation selbst betreffen, dem einen wie dem andern zu Gute kommen, diejenigen aber, welche bloß auf die Persönlichkeit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die andere Einfluß haben sollen." Vgl. auch Ribbentrop S. 23 fg. Nach diesem Gesichtspunkt sind die einzelnen Aufhebungsgründe zusammengestellt bei Vangerow III. §. 573. A. 5. Aber mit gutem Grund bemerkte Savigny I. S. 162. A. g. „Als formellen Grundsatz kann man dieses auch wohl zugeben; nur ist damit die Schwierigkeit keineswegs beseitigt, indem wieder die Gränze dieser beiden Fälle neue Zweifel erregt"; und so sind denn seitdem mehrfache nach Verschiedenheit der Grundanschauung im Einzelnen oft abweichende Versuche gemacht worden, die Aufhebungsgründe der einen und der andern Art zu scheiden und die Verschiedenheit ihrer Wirkungen zu erklären. Brinz krit. Bl. IV. S. 5. 29 fg. [Pand. 2. Aufl. §. 253. S. 173 fg.] Helmolt S. 135. und nach diesem Sintenis 2. Aufl. §. 89. A. 17 . . 29. Kuntze die Oblig. S. 172 fg. Fitting §. 7 . . 22. 31 . . 36. Fritz a. a. O. XIX. S. 67 . . 115. Baron a. a. O. S. 238 fg. 301 fg. geht davon aus, daß die Gesammtobligation durch Erfüllung nothwendiger, durch Verfügung des Berechtigten möglicher Weise, nämlich wenn der Verfügende dieses will, aufgehoben werde, sonst aber das Schicksal einer Sonderobligation auf die andern keinen Einfluß habe. — Vgl. übrigens Windscheid Pand. §. 295. [Unger S. 263 (57) fg.]

[8] Dies geschieht bei der activen Correalobligation durch das einem Gläubiger geleistete Zahlungsversprechen (§. 240. A. 4.) und durch den von einem Gläubiger erhobenen Rechtsstreit (§. 271. A. 4.). Nach älterem Recht wurde auch die passive Correalobl. durch Litiscontestatio mit einem Schuldner für die übrigen aufgehoben. Aber dies ist von Justinian abgeändert durch L. 28. cit. (not. p.) Windscheid §. 296. Vgl. Serafini del costituto di debito nelle obligazioni correali. Saggio di interpretazione delle leggi 8. 9. 10. Dig. de pec. const. Bologna 1876. [Darüber Schwanert in d. Jen. Lit.-Ztg. 1877. Nr. 4. Joseph in d. krit. Vjschr. XXI. S. 121 fg. Vgl. noch Huschke im civ. Arch. LXV. S. 240 fg.]

[9] Ueber den Regreß bei Correalobligationen vgl. vorzüglich Savigny I. §. 23 bis 25., welcher den Correalschuldnern regelmäßig ein Recht auf Abtretung der Klage oder utilis actio gegen die Mitschuldner beilegt; dagegen Vangerow III. §. 573. A. 3., gegen diesen wieder Sintenis §. 89. A. 52. Aber siehe noch Windscheid in d. krit. Ueberschau a. a. O. S. 229 fg. Samhaber a. a. O. S. 192 . . 200. Windscheid Pand. §. 294. [Brinz 2. Aufl. §. 253 a. E. Unger S. 271 (65) fg.]

## §. 214.

Die Gesammtobligatio nach §. 213 beruht darauf, daß durch erklärten Willen eine Berechtigung oder Verpflichtung Mehrerer zu derselben Leistung ursprünglich als objectiv eine Obligatio gesetzt ist. Nun gibt es aber auch noch andere Verhältnisse, welche mit jener das gemein haben, daß verschiedene Personen vollkommen dieselbe Leistung, die doch der Gläubiger nur einmal fordern kann, zu gewähren schuldig sind, wo also ebenfalls eine solidarische Verpflichtung Mehrerer (obligatio plurium in solidum) vorliegt[1]. Dies ist namentlich der Fall, wo Mehrere als Miturheber einer Rechtsverletzung[a] oder gleichwie als Miturheber einer rechtswidrigen Schadenstiftung[b] zur Leistung desselben Schadenersatzes verbindlich werden[1a]; es kann mittelbar auch aus Rechtsgeschäften, durch welche Mehrere bezüglich desselben Gegenstandes verpflichtet werden, als Folge eines die gleiche Verantwortlichkeit begründenden obligationswidrigen Thuns oder Unterlassens derselben[c], sowie daraus hervorgehen, daß Mehrere denselben, ein jeder selbständig durch seinen Willen, zu demselben Thun veranlaßt haben, das für jenen einen Anspruch auf Schadloshaltung erzeugt[d]. Auch hier kann man nun in so fern von nur einer Schuld, von einer Gesammtschuld reden, als nur einmal dieselbe Leistung gefordert werden kann[e], und werden solche Schuldverhältnisse daher auch mit der Correalobligation verglichen[f]. Aber eine einheitliche Obligatio wird hier doch nicht in demselben Sinne angenommen, wie bei der eigentlichen Correalobligation, die als ursprünglich eine gewollt ist; es sind nur mehrere für sich bestehende Obligationen vorhanden, die allein durch Identität ihres Gegenstandes in der Beziehung zu einander stehen, daß sie alle zugleich durch einmalige Befriedigung des Gläubigers, also namentlich durch Erfüllung der einen zugleich auch die andern aufgehoben werden, weil diese nun keinen Gegenstand mehr haben[2]. Wer aber allein das Ganze geleistet hat, kann auch in Fällen dieser Art von den übrigen dadurch zugleich befreiten Schuldnern derselben Leistung verhältnißmäßigen Ersatz erlangen[3], sei es mittels abgetretener Klage des Gläubigers oder auch ohne dieses durch

[a] L. 55. §. 1. D. de adm. 26. 7. L. 7. §. 4. D. quod falso tut. 27. 6. L. 14. §. 15. D. quod met. 4. 2. L. 17. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 1. Cod. de cond. furt. 4. 8. [b] L. 1. §. 10. L. 2.. 4. D. de his qui effud. 9. 3. [c] L. 38. D. de adm. 26. 7. L. 60. §. 2. D. mand. 17. 1. L. 1. §. 43. D. depos. 16. 3. L. 5. §. 15. L. 6. 7. D. commod. 13. 6. u. a., cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 52. §. 3. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 1. §. 25. L. 2. 3. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. §. 2. D. de instit. act. 14. 3. [e] L. 38. D. cit. L. 52. §. 3. cit. [f] L. 5. §. 15. cit.

utilis actio; nur wer durch seinen Dolus mit andern haftbar geworden ist, kann darauf keinen Anspruch machen[s].

Anm. [1] Vgl. Windscheid §. 292 a. E. §. 298. Dieser behauptet, daß ein bloß solidarisches Rechtsverhältniß auch auf der Gläubigerseite vorkomme, und erkennt wenigstens einen sicheren Fall bloß solidarischer Berechtigung einer Mehrheit von Gläubigern in L. 14. pr. D. de noxal. act. 9. 4. unter Anführung der Worte: „ei itaque debetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit." Aber hier hat sich durch Versehen das Wort debetur eingeschlichen (auch noch in der 4. [und 5.] Aufl. stehen geblieben) statt des richtigen dedetur. Die Stelle handelt von der noxae deditio eines Sklaven, der gegen mehrere ein Delict begangen. Die noxae datio ist aber gar nicht in obligatione, sondern nur ein Mittel sich dem Anspruch des Beschädigten zu entziehen (§. 326.). [Weiter als der herrschende Sprachgebrauch faßt Brinz 2. Aufl. §. 232. die Solidarität der Obligationen: Solidarität im Singular und im Plural; letztere entweder „Ganzhaftung" oder „Allhaftung" oder „Alleinhaftung".]

[[1a] Vgl. aus neuerer und neuester Zeit: H.G.B. Art. 173. Abs. 3. Art. 204. 241. Abs. 2. Art. 245. Abs. 4. Art. 247. Z. 3. Art. 248. Abs. 3. Straf-G.B. Art. 231. Abs. 3. (Buße in Fällen der Körperverletzung), Reichsges. v. 11. Juni 1870. §. 18. Abs. 4. (über das Urheberrecht an Schriftwerken), Gesetz betreffend den Wucher v. 24. Mai 1880. Art. 3. u. a. Mandry Reichsges. S. 294. (2. Aufl. S. 398.). Windscheid 5. Aufl. §. 298. A. 15. Schwarze Reichsges. betreffend den Wucher S. 90 fg.]

[2] Der Unterschied dieser Fälle, die man bis dahin durchgängig nur als eine Art passiver Correalobligationen aufgefaßt hatte, von den eigentlichen Correalobligationen ist erst durch Ribbentrop's Abhandlung (§. 213. A. 5.) bestimmt hervorgehoben und entwickelt worden. Den Anstoß dazu gab die Beobachtung, daß bei der Correalobligation die Litiscontestation mit einem Schuldner nach älterem Recht für die übrigen befreiend wirkte (§. 213. A. 8.), während bei andern solidarischen Obligationen dies nicht der Fall war, ein Unterschied, der dann freilich im Justinianischen Recht beseitigt worden. Nach Ribbentrop wurde es nun herrschende Lehre, die eigentlichen Correalobligationen zu andern „bloß solidarischen" Obligationen in Gegensatz zu stellen. So auch bei Savigny Obl. I. §. 16 .. 27., welcher den Gegensatz durch die Ausdrücke „echtes" und „unechtes Correalverhältniß" bezeichnet, dessen Darstellung aber dabei „das große Verdienst hat, die gemeinsame praktische Bedeutung der bloß solidarischen und der Correalobligationen: Erleichterung und Sicherung der Rechtsverfolgung, deren überwiegende Wichtigkeit man .... über Ribbentrop's Unterscheidung der echten und unechten Correalschuld zu übersehen anfing, wieder in den Vordergrund zu stellen". Rudorff zu Puchta §. 233. not. a. [Anders jetzt Ryck S. 60 fg., gegen ihn aber Unger S. 212. (6.) Note 7., der jedoch S. 240. (34.) und Note 75. (aber schwerlich zu den von ihm S. 294 (88) fg. genannten Fällen passend) bei den Solidarobligationen nur als unbeabsichtigte Folge gelten lassen will, was er mit Savigny als Zweck der Correalität anerkennt.] Indessen ist die Unterscheidung beider im Begriff wieder bestritten von Rückert, Helmolt und Kuntze a. a. O. Der Letzte sieht in den Fällen dieses §. nur eine durch besondere Rücksichten motivirte Unvollkommenheit der Solidarität bei gleichem „Vermögensstoff" der verschiedenen Obligationen, erkennt aber eben dadurch an,

[s] L. 29 (30). D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 13. 14. D. de tut. et rat. distrah. 27. 3. L. 2. Cod. de contr. iud. tut. 5. 58. L. 4. D. de his qui effud. 9. 3. cf. §. 213. not. t. v.

daß das R. R. in den eigentlichen Correalobligationen in vollkommenerem Grade eine Identität der Obligationen desselben Vermögensstoffs anerkannt habe, die beiden ersten aber, denen sich Sintenis in der 2. Aufl. II. §. 89. anschließt, wollen das Eigenthümliche der Correalobligationen nur als besondere positivrechtliche Zuthat angesehen haben, obwohl hier von legislativen Einwirkungen bis auf Justinian überall keine Spur zu finden, sondern jenes Eigenthümliche nur durch die Jurisprudenz aus der Natur der Verhältnisse abgeleitet ist. Gegen diese Angriffe wird jene Theorie von verschiedenen Standpunkten wieder vertheidigt von Fitting a. a. O. S. 228 fg. Samhaber a. a. O. S. 145 fg. Rudorff zu Puchta 9. Aufl. §. 233. u. a. vgl. §. 213. A. 5. 6. Dagegen aber hat Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XXII. 12. darzuthun versucht, daß in den Fällen der jetzt sog. „bloß solidarischen Obl.", die man vor Ribbentrop den Correalobligationen beizählte, eine Correalität wesentlich gleicher Natur anzuerkennen sei, wie in dem früher von ihm erörterten Musterfall (§. 213. A. 2.), und daß insbesondere auch die Verschiedenheit in der Wirkung der Litiscontestation (§. 213. A. 8.) nicht die Unterscheidung einer doppelten Art von Solidarobligationen begründe, da nach L. 28. Cod. cit. auch bei den Correalobligationen schon früher durch Vertrag die objective Wirkung der Litiscontestation ausgeschlossen werden konnte. Dagegen Windscheid §. 298. A. 3. Brinz z. L. v. d. Correalobl. [ebenso Pand. 2. Aufl. §. 235.] nimmt auch bei dem bloßen Solidarverhältniß Einheit der Obl. an; [nur sei „ein gegenseitiges Vertretungsverhältniß das Mehrere, was duo rei bloß solidarischen Schuldnern oder Gläubigern voraus haben" §. 253. S. 169.]; dagegen Windscheid 4. [und. 5.] Aufl. §. 293. A. 1. a. E. §. 298. A. 3. S. 154 [152. und gegen ihn Brinz a. a. O. §. 235. A. 21. Von Einheit der Lehre sind wir weiter als je entfernt. Während Ryck „ein willkürliches Moment in der Correalitätsidee" findet (S. 64.), und Waldner S. 170 fg. behauptet, Correalhaftung könne nur in künstlicher Weise begründet werden, indeß die bloß solidarische Haftung in der Natur der Sache liege und aus natürlichen juristischen Grundsätzen folge, erscheint die Solidarschuld bei Unger gar nicht als Gesammtschuld (S. 234. (28.) Note 63.). Die Haftung der mehreren Schuldner ist zwar eine „ungetheilte", aber die mehreren Obligationen sind „nicht zu einem Ganzen verbunden, nicht zu einer Einheit zusammengefaßt", sie sind „Sonderobligationen", „und zwar mit Rücksicht auf die Identität .. des Objects identische Sonderobligationen" (S. 231. 232. (25. 26.)). Die Haftung der mehreren Schuldner auf dasselbe Ganze ist bei der Correalität „die natürliche und nothwendige Folge der einheitlichen Verbundenheit mehrerer Obligationen, während sie bei der Solidarität nur das Resultat des zufälligen Zusammentreffens mehrerer für sich bestehender Obligationen ist" (S. 240. (34)). Obligationen auf totidem (§. 213. not. a.) „lassen sich mit Parallellinien vergleichen, Solidarobligationen mit convergirenden Linien und Correalobligationen mit ineinander verschlungenen Linien, welche eine Linie bilden" (?) S. 233. Note 60. Die Solidarschuldner „haften neben einander, während die Correalschuldner mit einander haften." (S. 234. (28.)). „Getrenntheit und Ungetheiltheit der Haftung machen somit das characteristische Wesen der bloßen Solidarität aus" (S. 235. (29.)); freilich sind auch die Fälle, die Unger als Fälle bloßer Solidarität bezeichnet, ganz andere, als die im Text genannten (S. 294 (88) fg.).] Ueber die Gestaltung dieser Lehre in neueren Gesetzgebungen siehe Savigny §. 27., sodann Zürcher Gesetzb. §. 935 .. 948., hess. Entw. IV. Art. 5 .. 13. Mot. S. 18 fg., (revid.) sächs. Entw. §. 1049 .. 1068. Gstzb. 1019 .. 1038. Mot. S. 789 fg., bayer. Entw. v. 1861. II. Art. 220 .. 248. Mot. S. 115 fg., und darüber Samhaber S. 202 fg. 246 fg. Unger über den

revid. sächs. Entw. S. 87 fg. Lang Krit. d. bayer. Entw. II. S. 128 fg. Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 334 (civ. Schr. III. S. 529) fg.; über das preuß. Recht Förster I. §. 63. — Mages d. Gesammtschuldverhältnisse des österreichischen Rechts. 1872. (drbr. Harum in d. Wiener Ztschr. I. S. 201 fg. Randa in d. krit. Vjschr. XVI. S. 520 fg.). [Hasenöhrl d. österr. Obl.R. I. §. 8..11. (dazu Krasnopolski in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. XXVII. S. 317 fg.) Dernburg II. §. 47..51.]

3 Ueber den Regreß insbesondere Savigny a. a. O. §. 24. Sintenis §. 89. A. 52. [Brinz 2. Aufl. §. 236. Nr. 6.] Seuffert's Arch. VII. 158. vgl. I. 381. In Beziehung auf Gesammtschulden überhaupt stellen das sächs. Gstzb. und der bayer. Entwurf gerade entgegengesetzte Regeln auf; „die Ausnahmen des erstern sind die Regel des letztern und umgekehrt", aber „beide Principien sind, obwohl entgegengesetzt, falsch". Lang a. a. O. S. 130.

## §. 215.

Sowohl bei correalen als bei andern solidarischen Obligationen mag der Gläubiger von dem einzelnen Schuldner, obwohl jedem gegenüber zum Ganzen berechtigt, doch bloß den entsprechenden Theil der Schuld annehmen oder verlangen[a], ohne jedoch dadurch allein schon seines Rechts, denselben auch wegen des Restes noch in Anspruch zu nehmen, verlustig zu werden[b]. Er kann aber meistentheils auch wider Willen zur Theilung seines Anspruchs genöthigt werden durch eine Einrede des belangten Schuldners, welche dahin geht, daß er gleichmäßig auch die übrigen Schuldner, soweit sie zahlungsfähig sind, in Anspruch nehme. Dieses beneficium *divisionis* ist zuerst mehreren Bürgen für dieselbe Schuld eingeräumt[c], sodann auch für andere Fälle solidarischer Haftung mehrerer Personen anerkannt[d], und zuletzt namentlich auch auf den Fall einer durch ausdrückliche Verabredung begründeten solidarischen Verpflichtung ausgedehnt worden[e]. Die Wirkung davon ist die, daß die ganze Schuld auf alle zahlungsfähigen und mit Erfolg zu belangenden Mitschuldner vertheilt, und der einzelne Beklagte nur für seinen Antheil verurtheilt oder, wenn er diesen bereits gezahlt hat, freigesprochen wird, auch wegen des Restes nicht mehr haftet, wenn der Gläubiger den übrigen zur Zeit zahlungsfähigen Mitschuldnern noch weitere Nachsicht vergönnt hat[f]. Diese Rechtswohlthat findet jedoch nicht statt, wenn die solidarische Verpflichtung durch Vergehen begründet ist oder auf letztwilliger Verfügung beruht, und fällt weg, wenn darauf verzichtet worden ist.

a L. 3. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. b L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 16. Cod. de fideiuss. 8. 40 (41). cf. L. 51. §. 4. D. eod. 46. 1. c §. 4. J. de fideiuss. 3. 20. L. 26. D. eod. 46. 1. cf. Gai. III. 121. 121 a. 122. L. 3. Cod. de pec. constit. 4. 18. d L. 1. §. 11. 12. 14. D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 7. D. de mag. conv. 27. 8. L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de mag. conv. 5. 75. cf. L. 22. D. depos. 16. 3. L. 47. D. locati. 19. 2. e Nov. 99. f cf. L. 39. §. 5. L. 41. 45. 53. D. de adm. 26. 7.

Anm. Die Nov. 99. (not. e.) hat zu den abweichendsten Meinungen Anlaß gegeben. Vgl. darüber Vangerow III. §. 573. A. 4. Die im Text angenommene hat die Autorität der meisten Rechtsgelehrten und eine sehr constante Praxis für sich, ist mit dem Inhalt der Novelle wohl vereinbar, und entspricht dem allmäligen Entwicklungsgange des R. Rechts in dieser Lehre. Puchta §. 235. not. o. „Daher", sagt Puchta Vorles. II. S. 37 (4. Aufl. S. 41 fg.) sachlich richtig, obwohl in ungebührlich absprechendem Tone, „ist kein Grund, von der gemeinen Meinung abzugehen, die auch hier richtiger den Geist des Gesetzes getroffen hat, als die ängstlichen geistlosen Worthelden", aber dazu S. 36 (40): „Doch muß man auch hier noch diejenigen Correalschuldner, ... welche dies durch Testament geworden sind, ausnehmen; hier wäre die Exceptio gegen den Willen des Erblassers, welchem sich die Verpflichteten nicht widersetzen dürfen"; wogegen selbst die Zulässigkeit einer analogen Anwendung der Novelle auch auf diesen Fall behauptet wird von Rückert (Princ. iur. rom. de exceptione quam vocant divisionis; Göttingen 1852. vgl. dens. in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 55.). Indessen vertheidigt auch Savigny §. 26. wieder eine andre Auslegung, wornach die Novelle nur auf solche Correalschuldner, die sich zugleich noch wechselseitig verbürgt haben, zu beziehen wäre (arg. Juliani epit. nov. 92. cap. 348.), wornach denn freilich dem Verfasser selbst (S. 286.) das Gesetz „ganz und gar nicht von praktischer Wichtigkeit" scheint, „da das verwickelte Rechtsgeschäft, welches das Gesetz voraussetzt, nur sehr selten vorkommen" werde, obwohl doch nicht zu läugnen ist, daß solche wechselseitige Verbürgung bei der Correalobligation immerhin nicht ohne praktische Bedeutung wäre, rücksichtlich der Haftung wegen Mora und nach der Ansicht Mancher wegen Culpa (§. 250. 251. 354.). Dagegen meint Brinz krit. Bl. Nr. 4. S. 35 fg., daß solche Verbindung von Correalität und Bürgschaft überhaupt wohl nie vorgekommen, und namentlich auch nicht, wie Savigny voraussetzt, in L. 11. pr. D. h. t. (Pap. lib. 11. respons. Reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit; reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit — neque enim dividere cogendus est — potest eundem ut principalem reum, item qui fideiussor pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret) anerkannt sei, indem die rei promittendi zu Anfang der Stelle nicht identisch seien mit den duo promittendi rei am Ende derselben: cf. §. 1. 2. ibid. Damit stimmen auch überein Vangerow III. §. 573. A. 4. Dedekind im civ. Arch. XL. S. 270 fg., der letzte mit folgender Emendation (S. 277.) der L. 11. cit.: Reos ... convenit. Poterit itaque reus stipulandi ... cogendus est — non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret: sed et poterit eundem ... in partes convenire. Aber während Brinz Pand. 1. Aufl. S. 621. [2. Aufl. §. 236 a. A. §. 253. A. 77 fg.] die gemeine Meinung adoptirt und noch durch Bezugnahme auf byzantinischen Sprachgebrauch zu stützen sucht, findet Vangerow [und Wächter II. S. 314.] in der Nov. 99. nur die Bestimmung, daß Correalschuldner dann und nur dann, wenn sie gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld theilgenommen, gemeinsam belangt werden sollen, sofern sie anwesend und zahlungsfähig sind, und Dedekind bezieht diese Bestimmung nur auf den Fall, wenn Mitschuldner, die nicht Correalschuldner sind, sich für einander wechselseitig in solidum verbürgt haben. Jedoch verzichtet der Letzte darauf, die gemeine Meinung in ihrer praktischen Geltung zu alteriren, gibt vielmehr zu und weiset nach (S. 265. 397 fg.), „daß, wenn irgend eine Controverse des gemeinen Rechts durch Gerichtsgebrauch ihre Erledigung gefunden, die über den Sinn der Novelle 99. ihre Endschaft erreicht hat",

womit auch Sintenis §. 89. A. 47. übereinstimmt, während Helmolt S. 110.. 124. der Erklärung Dedekind's schlechthin beipflichtet und diese denn auch seither in der Praxis schon Anerkennung gefunden hat. Seuffert's Arch. XII. 13. Die gemeine Meinung ist dagegen seitdem wieder gründlich vertheidigt von Wieding Novella Justiniani XCIX. Berol. 1857., welcher gegen Puchta a. a. O. auch bei testamentarischen Correalobl. die Zulässigkeit des beneficium divisionis behauptet (vgl. Burchardi in d. krit. Vjschr. I. S. 285 fg.). Dagegen aber wieder Vangerow in d. 7. Aufl. III. S. 78 fg. und mit ihm stimmend Windscheid §. 293. A. 10. Diesem scheint die Praxis „in einer doch vorzugsweise doctrinellen Frage" nicht entscheidend zu sein (warum nicht als usuelle Interpretation?), für Vangerow's Auslegung aber nicht nur der Wortlaut der Nov., sondern auch die Natur der Sache zu sprechen; darnach „hat Justinian den sehr nahe liegenden Schritt gethan, daß er bei der passiven Correalobl. das derselben zum Grunde liegende materielle Rechtsverhältniß auch dem Gläubiger gegenüber zur Anerkennung gebracht hat". Mir scheint diese Auslegung sehr unpraktisch: Den Gläubiger geht jenes Rechtsverhältniß gar nichts an, und er braucht nichts davon zu wissen. [Vgl. noch Unger S. 272 (66) fg. — Das H.G.B. Art. 281. schließt bei Handelsgeschäften die Einrede der Theilung (wie die der Vorausklage) ganz aus.]

## §. 216.

Eine besondere Art von solidarischen Obligationen* kann sich von selbst aus der Untheilbarkeit eines Gegenstandes ergeben, welchen Mehrere aus gemeinschaftlichem Rechtsgrunde zu fordern berechtigt oder zu leisten verpflichtet sind (§. 204). Wenn nämlich 1) eine untheilbare Forderung entweder ursprünglich von Mehreren gemeinsam erworben oder durch Erbfolge auf Mehrere übergegangen ist, so steht jedem derselben die Forderung auf die ganze untheilbare Leistung zu[a]; allein wenn nun in Folge der Klage eines einzelnen Mitgläubigers die Leistung des Werthes oder des Interesse in Frage kommt, so wird der Beklagte dem Kläger doch nur zu dessen Antheil, zum Betrage des Interesse eben dieses Klägers[b] verurtheilt[1]; wenn aber die ursprüngliche untheilbare Leistung selbst erfüllt werden soll, so muß entweder die Leistung an alle Berechtigten gemeinschaftlich ermöglicht oder der Schuldner gegen die Ansprüche der übrigen sicher gestellt werden[c], sofern nicht von selbst die Leistung an den einen zugleich die übrigen befriedigt[d]. Wenn dagegen 2) eine Verbindlichkeit zu derselben untheilbaren Leistung für Mehrere gemeinsam begründet worden oder auf mehrere Erben des ursprünglich Verpflichteten übergegangen ist, so ist eben jeder einzelne von ihnen zu dem Ganzen verpflichtet. Er kann denn auch mit der Klage

[a] L. 17. D. de servitut. 8. 1. [b] L. 25. §. 9. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. L. 54. §. 1. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 11. §. 4. D. de aqua pluv. 39. 3. [c] L. 2. §. 2. L. 54. §. 1. D. de V. O. L. 1. §. 36. L. 14. pr. D. depos. 16. 3. cf. L. 81. §. 1. D. de solut. 46. 3. [d] L. 11. §. 1. D. de aqua pluv. 39. 3.

auf das Ganze (in solidum) belangt[e] und in Folge dessen in Ermangelung der eigentlich schuldigen Leistung dem Kläger auch zum Ersatz seines ganzen Interesse verurtheilt werden[f]; dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß der Beklagte nicht, weil ohne sein Verschulden außer Stande, die eigentliche Leistung zu erfüllen, von seiner Verbindlichkeit ganz oder theilweise loszusprechen ist[2]. Das Verschulden Mehrerer gegen die untheilbare Verbindlichkeit erzeugt daher eine solidarische Verbindlichkeit derselben zu der an sich immer theilbaren Leistung des Interesse[g]. Ist aber schon durch Verschulden des ursprünglich Verpflichteten an die Stelle der untheilbaren Verbindlichkeit die Verpflichtung zum Schadenersatz getreten, so geht diese auf mehrere Erben des Schuldners als theilbare, auf jeden einzelnen nach Verhältniß seines Erbtheils, über[h]. In gleicher Weise theilt sich die Haftung für das Interesse unter mehrere Erben, wenn die Verpflichtung auf eine Unterlassung gerichtet war und durch Entgegenhandeln des ursprünglich Verpflichteten selbst verletzt worden ist, sowie die durch eine Handlung oder Unterlassung bedingte an sich theilbare Verbindlichkeit durch Erfüllung der Bedingung, ob sie von diesem oder jenem verschuldet sei, für jeden einzelnen nur zum Theil eintritt[i]. Ist aber die Verpflichtung Mehrerer schlechthin darauf gerichtet, daß etwas durchaus unterlassen werde, von keinem derselben geschehe, so ist consequent zu behaupten, daß im Fall der Verletzung durch den einen oder anderen jeder für das ganze Interesse hafte[3]. In Fällen obiger Art kann übrigens auch die Rechtswohlthat der Theilung (§. 215) statthaben, wo einer von mehreren Gleichverpflichteten auf das ganze Interesse belangt wird[k], und kann für den, der geleistet hat, ein Rückanspruch gegen den Mitschuldner begründet sein, sei es auf verhältnißmäßigen Ersatz bei gleichmäßiger Verschuldung[l], oder auf vollständigen Ersatz[m], wofern der letzte allein die Entstehung des fraglichen Rechtsanspruchs verschuldet hat[4].

[* Rümelin Theilung der Rechte S. 218 fg. Ryck S. 107 fg.: Die Solidarität ist hier „nicht Selbstzweck, sondern nur das Mittel zur zweckmäßigen Realisirung der zu Grunde liegenden Theilbeziehung" (S. 108.)]

Anm. [1] Dies wird für den Fall des Uebergangs der Forderung auf mehrere Erben ausgesprochen in L. 25. §. 9. D. fam. erc. 10. 2. An ea stipulatio, qua

[e] L. 192. pr. D. de R. J. L. 17. D. de servitut. 8. 1. [f] L. 25. §. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. §. 2. 5. L. 72. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 21. §. 5. D. de o. n. n. 39. 1. cf. L. 6. §. 1. L. 11. §. 3. D. de aqua pluv. 39. 3. L. 49. §. 4. D. de legat. II. [g] §. 214. not. c. [h] L. 7. §. 1. L. 9. D. depos. 16. 3. L. 3. §. 3. D. commodati. 13. 6. [i] L. 4. §. 1. L. 85. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 5. §. 4. L. 85. §. 5. 6. L. 139. eod. L. 25. §. 13. D. fam. erc. 10. 2. [k] L. 22. D. depos. 16. 3. §. 215. not. d. [l] L. 2. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 25. §. 10. D. fam. ercisc. 10. 2. §. 214. not. g. [m] L. 2. §. 5. L. 5. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 25. §. 13. L. 44. §. 5. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 4. §. 1. D. de V. O.

singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur; veluti si is qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit; quia talis stipulatio per legem XII. tabb. non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet; womit auch die übrigen Stellen übereinstimmen; für den Fall einer ursprünglichen Mehrheit der Gläubiger ist es anerkannt in L. 54. §. 1. D. de V. O. cf. L. 7. §. 6. D. de op. lib. 38. 1. Vgl. Ubbelohde v. d. untheilb. Obl. S. 44 fg. 75 fg. 105. 233 fg. [Brinz 2. Aufl. II. S. 71..73.]

2 Dies wird für den Fall einer Obligatio auf Bestellung einer untheilbaren Servitut ebenfalls deutlich anerkannt in L. 25. §. 10. 11. D. fam. erc. 10. 2. Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet: igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. — Idem dicendum est et si testator viam legaverit; und damit stimmt auch überein L. 2. §. 2. D. de V. O . . . Et ideo, si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae iudicio. Aber in Beziehung auf eine untheilbare *obligatio faciendi* scheint eine abweichende Entscheidung gebilligt zu sein in L. 72. pr. D. eod. Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen . . . refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, iusta aestimatione facti (zu bessern: *iuxta aestimationem facti?* oder mit Huschke [Recht des Nexum S. 179. Note 266.]: *iusta aestimatione facta?*) dandam esse petitionem. Der Schlußsatz dieser Stelle scheint nämlich die Ansicht auszusprechen und stillschweigend zu billigen, daß bei der obligatio faciendi die Condemnation zu der entsprechenden Geldzahlung stets unter die mehreren Schuldner getheilt werde. Dieses nun erklärten Manche, so namentlich Vangerow III. §. 567. A. 2. in Uebereinstimmung mit Scheurl Comment. ad L. 2. 3. 4. 72. et 85. D. de V. O. pag. 35 sq. pag. 93. 97. daraus, daß bei der Obligatio auf ein dare der Schuldner stets das Object selbst schulde, bei den stipulationes in faciendo dagegen nach der Ansicht der Römer die Schuld selbst auf den Geldwerth des nicht geleisteten Factums gehe, dieses also nicht sowohl in obligatione als vielmehr eigentlich nur in solutione sei. Daraus aber folgerte man, weil heutzutage die Verurtheilung auf das faciendum selbst zulässig ist, daß nun auch bei obligationes in faciendo der einzelne Schuldner, ebenso wie bei der Obligatio auf Bestellung einer untheilbaren Servitut, in solidum verurtheilt werden müsse. In der 6. Aufl. III. S. 11. jedoch änderte Vangerow seine Meinung dahin, daß wir, da jene Veränderung in Betreff der faciendi obl. schon dem neuesten R. R. angehörte und dennoch L. 72. cit. in den Pandekten aufgenommen sei, schwerlich berechtigt seien, jene Consequenz zu ziehen, „und zwar um so weniger, da dieselbe unverkennbar eine große Härte mit sich führen würde". In ganz entgegengesetzter Weise er-

klärte Ribbentrop Correalobl. S. 233. die Entscheidung der L. 25. §. 10. cit. aus der strengeren Fassung und Auslegung der Klage mit der Intentio: *dari sc. servitutem oportere*, welche der Theilung der Condemnation im Wege gestanden habe, während diese bei der Klage aus der faciendi obl., mit der Intentio: *quidquid dare facere oportet*, zulässig gewesen; und daraus ergibt sich denn (nach §. 100.), daß nach heutigem Recht nun in jedem Falle die Theilung der Condemnation als Regel anzunehmen sei, wofern kein anderer Grund solidarischer Haftung, z. B. Verschulden der Unmöglichkeit der Naturalleistung, vorliegt, daß aber, wenn eine vollziehbare Verurtheilung zu der ursprünglichen untheilbaren Leistung selbst stattfinden solle, jetzt jedem Mitschuldner das Recht zustehen müsse, zu verlangen, daß dieselbe gegen alle Mitverpflichteten gemeinschaftlich gerichtet werde. So wurde diese Frage auch in diesem Lehrbuch Aufl. 1..4. beantwortet. Vgl. auch Ribbentrop S. 188. Sintenis II. §. 84. A. 27. (3. Aufl. S. 49 fg.). Helmolt Correalobl. S. 43. Dagegen hatte nun zwar Savigny Obl. I. §. 34. ausgeführt, daß sowohl nach heutigem wie nach R. R. das Verhältniß mehrerer Schuldner bei einer jeden untheilbaren Obligatio „als eine wahre eigentliche Correalobligatio im strengsten Sinne des Worts" [S. 367.] zu betrachten und jeder einzelne Schuldner wie nach L. 25. §. 10. cit. bei der Obligatio auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit, schlechthin in solidum zu verurtheilen sei, indem derselbe in dem letzten Satze der L. 72. pr. cit. nur die historische Anführung einer literarischen Curiosität, und in der Meinung des Tubero „eine fast verschollene Merkwürdigkeit aus sehr alter Zeit" [S. 365.] finden wollte. Aber die frühere Ansicht wurde mit Bezugnahme auf die Gegenbemerkungen von Brinz Krit. Bl. S. 45 fg., [vgl. aber jetzt dens. Pand. 2. Aufl. §. 225. A. 15. §. 233. A. 20.] dem auch Vangerow in der 6. Aufl. III. S. 11. beitrat, gleichwohl noch in der folgenden Auflage dieses Lehrbuchs festgehalten. Allein seitdem ist sowohl diese Ansicht als die Theorie Vangerow's gründlich widerlegt worden von Ubbelohde a. a. O. S. 75..95. 193. 238 fg. 250..256. 274..284. Der Vf. findet in dem Schlußsatz der L. 72. pr. cit. nicht eine Zurücknahme der vorher ausgesprochenen Regel, sondern versteht ihn nur von einem besondern Fall, namentlich dem, wenn die ursprünglich untheilbare Obligatio nach ihrer Verwandlung in eine Obligation auf das Interesse passiv auf Mehrere vererbt worden ist (not. h.), und weiset nach, daß sonst ein stichhaltiger Grund gegen die solidarische Haftung auch in Ansehung der Aestimation oder des Interesse nicht vorliege, so wenig wie eine genügende Erklärung des obigen Unterschieds möglich sei, daß ferner auch die Theorie des heutigen Processes zu jener führe (Wetzell Civilproc. §. 50. Nr. II. §. 63. S. 675 fg. der I., S. 773 fg. der II. Aufl.), erklärt sich aber (S. 265 fg.) auch gegen Savigny's Ansicht insoweit als dieser die untheilbare Obligatio mehrerer Schuldner als eigentliche Correalobligation ansieht. Damit stimmt auch Windscheid §. 299. A. 7 fg. überein, worüber Vangerow in der 7. Aufl. III. S. 11. nur Verwunderung ausspricht. — Gegen Ubbelohde auch Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 212 fg., welcher den Widerspruch zwischen L. 72. pr. und L. 25. §. 10. cit. durch eine neue künstliche Erklärung der letzten Stelle zu beseitigen sucht. [Vgl. noch Rümelin S. 236 fg.]

[s] So nimmt auch in diesem Falle Savigny a. a. O. S. 365 fg. solidarische Haftung (eine passive Correalschuld) an, arg. L. 2. §. 5. L. 3. pr. §. 1. L. 4. pr. §. 1. L. 85. §. 3. L. 131. D. de V. O. 45. 1. L. 25. §. 12. L. 44. §. 5. D. fam. erc. Anders das Lehrb. 5. und 6. Aufl. mit Ubbelohde S. 105. §. 14. A. 1a. Aber vgl. dagegen Windscheid a. a. O. Eine neuere Schrift: Camille Kleyer des obligations divisibles et indivisibles. Bruxelles 1873.

[4] Ueber das beneficium divisionis und den Regreß in den Fällen dieses §. vgl. Ubbelohde S. 46 fg. 115 fg. 126 fg. 205 fg. 229 fg. 237 fg. 258..274.

## §. 217.

## D. Klagbarkeit der Obligatio.

Die Leistung, die ihm gebührt, darf der Gläubiger regelmäßig nicht durch Eigenmacht erwirken (§. 94), er muß zu diesem Zweck die richterliche Hülfe anrufen. Zu einer vollgültigen Obligatio gehört daher, daß sie klagbar sei, d. h. daß der Schuldner durch Klage (in personam actio, §. 97.) zur Leistung angehalten werden könne[a]; was zunächst in der Macht des Gläubigers liegt, ist eben dies, daß er gerichtlich fordern, klagen kann. Daher wird obligatio und actio oft nebeneinandergestellt, oder die Actio anstatt der Obligatio genannt[b], und das Dasein eines rechten Schuldverhältnisses an die Möglichkeit einer wirksamen Klage geknüpft[c]. Bei einem gegenseitigen Schuldverhältniß (§. 212.) findet sich dieses Klagrecht gleichmäßig auf beiden Seiten, entsprechend den gegenseitigen Forderungen, welche für den einen und den andern Theil in einem solchen Verhältniß begründet sind, während aus sogenannten ungleich-zweiseitigen Schuldverhältnissen zunächst nur für den einen Theil wie eine Forderung, so eine Klage (directa actio) hervorgeht, für den andern Theil aber durch Entstehung einer Gegenforderung auch eine Gegenklage (contraria actio, §. 99.) sich ergeben kann[1].

Wie die Klagen, so werden auch die Obligationen eingetheilt in *civiles* und *honorariae*[d], je nachdem zu deren Geltendmachung civilis oder honoraria actio gegeben ist[2]. Aber das römische Recht erkennt doch auch in mancherlei Fällen, wo eine wirksame Klage zur Herbeiführung einer Leistung versagt ist, gleichwohl eine Obligatio an, eine klaglose Obligatio, die im Gegensatz gegen die beiden genannten Arten als natürliche Verbindlichkeit[3], naturalis obligatio, bezeichnet wird[e], oder genauer *tantum* naturalis obligatio[f], da ausnahmsweise auch auf klagbare Obligationen jene Bezeichnung angewendet wird[g]. In solchen Fällen fehlt dann zwar dem Gläubiger die Macht, durch Klage den Schuldner zur Leistung anzuhalten, er kann nicht gerichtlich fordern; aber es wird doch anerkannt, daß dieser jenem rechtlich schuldig ist, natura

[a] L. 108. D. de V. S. [b] Dig. de oblig. et actionibus. 44. 7. Cod. 4. 10. [c] L. 10. D. de V. S. L. 42. §. 1. D. h. t. cf. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. 46. 1. L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. [d] §. 1. J. l. c. 3. 13. L. 5. pr. D. de pign. 20. 1. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 8. §. 4. D. de acceptilat. 46. 4. cf. L. 41 (40). pr. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [e] L. 1. §. 1. cit. L. 16. §. 3. 4. D. de fideiuss. 46. 1. [f] L. 5. pr. D. de pign. [g] L. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 5. pr. D. de auct. tut. 26. 8. cf. L. 84. §. 1. D. de R. J.

debet[h], und die geschehene Leistung erscheint als Erfüllung einer Rechtsverbindlichkeit, als Zahlung eines naturale debitum[i], nicht etwa als Schenkung[4]; daher[k] ist die Rückforderung des Gezahlten ausgeschlossen, wo sie sonst wegen Mangels einer Schuldverbindlichkeit statthaben könnte[5]. Daß, wenn auch streng genommen keine Forderung[6], doch eine Schuldverbindlichkeit bestehe oder bestanden habe[l], kann auch sonst unter Umständen gerichtlich geltend gemacht werden, wo es dazu der Klage nicht bedarf, namentlich zum Zweck der Compensation[m]. Und das Dasein einer wenn gleich klaglosen Obligatio kann insbesondere auch dadurch Bedeutung gewinnen, daß sich daran ein anderes, selbst eine Klage begründendes Rechtsverhältniß anknüpft, welches zu seiner Entstehung zwar eine Obligatio, aber nicht gerade eine klagbare Obligatio voraussetzt[n].

Die Annahme solcher unvollkommenen, aber doch nicht völlig nichtigen Obligationen beruht darin, daß man nach natürlicher Rechtsanschauung, nach der naturalis ratio, eine Verbindlichkeit auch in solchen Fällen, wo aus Gründen des positiven Rechts eine wirksame Klage ausgeschlossen war, begründet fand, und jener denn auch als einer Rechtsverbindlichkeit diejenige Bedeutung beilegte, die sie ohne die Klagbarkeit haben konnte, soweit dies nicht der ihrer vollen Wirksamkeit entgegenstehenden Rechtsbestimmung zuwider war[7]. Daher die Benennung: naturalis obligatio, und die Bezeichnung derselben als eines vinculum aequitatis[o]. Aber diese erscheint nur als eine Ausnahme; regelmäßig und vorzugsweise wird unter Obligatio schlechtweg ein klagbares Schuldverhältniß verstanden[p], mag es nun seinem Ursprung nach als in dem allgemeinen Rechte (ius gentium) begründet oder als dem eigenthümlichen Recht der Römer (ius civile) angehörig betrachtet werden. Wenn aber ein Verhältniß in keiner Weise, sei es auch zufolge besonderer positiver Rechtsbestimmung, sich rechtlich wirksam erweist, dann ist auch von einer naturalis obligatio keine Rede.

Die einzelnen Fälle nun, in welchen eine Naturalobligatio in dem angegebenen Sinne stattfindet[8], sind sehr verschiedenartig, auch insofern,

[h] L. 6. D. de compensat. 16. 2. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 10. D. de V. S. L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 5. §. 2. D. de solut. L. 26. §. 12. D. de cond. indeb. [i] L. 95. §. 4. D. de solut. L. 64. D. de c. ind. 12. 6. L. 1. §. 7. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. 3. 28. L. un. pr. Cod. de impon. lucrat. descript. 10. 36 (35). [k] L. 10. D. h. t. 44. 7. L. 16. §. 4. D. de fideiuss. 46. 1. L. 13. 19. pr. L. 64. D. de cond. indeb. L. 94. §. 3. D. de solut. [l] L. 10. D. de V. S. L. 16. §. 4. cit. cf. L. 41. D. de peculio. 15. 1. [m] L. 6. D. de compens. 16. 2. L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. 46. 8. [n] L. 16. §. 3. L. 60. D. de fideiuss. 46. 1. L. 5. pr. D. de pign. 20. 1. L. 1. §. 7. D. de pec. const. 13. 5. L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. [o] L. 95. §. 4. D. de solut. L. 84. §. 1. D. de R. J. L. 22. pr. L. 32. D. eod. vgl. mit L. 64. D. de cond. indeb. L. 58 (59). D. h. t. 44. 7. [p] pr. §. 1. J. de obl. 3. 13. L. 7. §. 4. D. de pact 2. 14.

als nicht in allen Fällen dieselbe in allen angegebenen Beziehungen rechtlich wirksam ist[9]. Im Allgemeinen ist hier nur zu bemerken, daß sie stattfinden kann, sowohl wo eine klagbare Obligatio nach Civilrecht schlechthin nicht oder nicht mehr vorhanden ist[q] (iure civili oder ipso iure nulla oder sublata obligatio), als auch wo die mit der Obligatio an sich verbundene Klage durch eine entgegenstehende Exceptio entkräftet wird, sei diese nun von Anfang an oder erst durch einen später eingetretenen Umstand begründet[r]. Vermöge einer der Klage entgegenstehenden perpetua exceptio kann jedoch eine Obligatio auch völlig kraftlos sein, so daß auch eine naturalis obligatio nicht übrig bleibt. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn die Exceptio selbst nur die naturalis aequitas gegen das strenge Recht aufrecht erhalten soll, indem sie eben geltend macht, daß jener gemäß keine Verbindlichkeit vorhanden sei[s], aber auch dann[10], wenn die Exceptio zwar auf besonderer positiver Rechtsvorschrift beruht, diese aber die Forderung völlig zu vereiteln, den Schuldner seiner Verpflichtung gänzlich zu entbinden bezweckt[t]. In solchen Fällen ist denn in Wahrheit gar keine Schuldverbindlichkeit vorhanden[u]; die Obligatio ist inefficax oder inanis[v], quasi nulla[w]; sie kann nur dadurch wieder Wirksamkeit erlangen, daß das auxilium exceptionis, welches dieser entgegensteht, aus irgend einem Grunde wegfällt[x].

Anm. [1] „Ueber das Verhältniß von Actio zu Obligatio": Bekker in d. Ztschr. für Rechtsgesch. IX. S. 366..407., die Aktionen I. S. 1..17.

[2] Savigny I. S. 37. behauptet zwar, daß die Unterscheidung zwischen actiones civiles und honorariae nur nachlässiger Weise in einigen Stellen auf die Obligationen übertragen worden sei, nach richtigem Sprachgebrauch aber jede klagbare Obligatio civilis obligatio genannt und überall nur von civilis obl. mit actio civilis oder honoraria gesprochen werden sollte. Aber vgl. dagegen Scheurl in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 504. Daß die römischen Juristen unter civilis obl. i. w. S. wohl auch die honoraria mitverstanden, dafür spricht L. 16. §. 3. 4. D. de fideiuss. 46. 1. Nicht beweisend sind L. 7. §. 2. 4. D. de pact. 2. 14. L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5., die Windscheid §. 287. A. 1. gegen Scheurl anführt. Praktisch kommt auf die Unterscheidung freilich nichts an. — Das römische Recht macht übrigens noch mehrere andere Unterscheidungen rücksichtlich der Klagen aus Obligationen; insbesondere tritt gerade hier der Unterschied zwischen stricti iuris und bonae fidei actiones bedeutend hervor, wornach man auch obligationes stricti iuris und bonae fidei unter-

[q] L. 14. D. h. t. 44. 7. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. — cf. L. 2. §. 2. D. de cap. min. 4. 5. L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. vgl. mit Gai. IV. 104. [r] L. 9. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. L. 19. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. — L. 8. 9. D. eod. — cf. L. 3. §. 7. D. quod quisque iur. 2. 2. [s] L. 66. D. de R. J., z. B. Dig. de doli mali et met. exc. 44. 4. [t] L. 2. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 40. pr. D. de cond. indeb. cf. L. 9. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. — frgm. Vat. §. 266. [u] L. 3. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. L. 26. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 55. 112. D. de R. J. [v] L. 8. §. 9. D. ad Sc. Vell. L. 13. D. de iure dot. 23. 3. [w] L. 25. D. de V. O. 45. 1. [x] L. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. — L. 27. §. 2. L. 32. D. de pact. 2. 14. L. 13. D. de lib. leg. 34. 3.

scheiden kann; aber dieser Unterschied, so wichtig er ist für richtige Erkenntniß des römischen Rechts, hat, wie andere, eine unmittelbare praktische Bedeutung heutzutage nicht mehr. Vgl. §. 100. Puchta §. 286. [Brinz 2. Aufl. §. 224..228.]

³ Darüber: A. D. Weber syst. Entwicklung der Lehre v. d. natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung. Schwerin 1784. 5. Aufl. 1825. Christiansen zur Lehre v. d. naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844. Savigny Obl. I. §. 5..14., und dazu Brinz krit. Bl. Nr. 3. Scheurl a. a. O. S. 501 fg. — Holtius Abh. civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts, übersetzt von Sutro. Utrecht 1852. Nr. 1. Bekker im Jahrb. des gemeinen Rechts IV. 13. Schwanert die Naturalobligationen des römischen Rechts. Göttingen 1861. [drbr. Scheurl in d. krit. Vjschr. VI. S. 489 fg.] Scheurl in d. dogmat. Jahrb. VII. 6. Lascowicz de vi ac natura obligationis naturalis deque nonnullis quaestionibus ab ea pendentibus. Berol. 1870. [Vgl. noch Hasenöhrl d. österr. Obl.R. I. §. 2. Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 3. Brinz 2. Aufl. §. 219..221. Ryck L. v. d. Schuldverh. S. 14..51. Pfersche die Bereicherungsklagen S. 127 fg. 185 fg.]

⁴ „Das naturale debitum ist ein zahlbares, erfüllbares, nicht klagbares, die naturalis obligatio eine erfüllbare, nicht klagbare." Schwanert a. a. O. S. 222. nach Brinz krit. Bl. S. 48. Scheurl dogmat. Jahrb. VII. S. 328 fg. qualificirt die natürliche Verbindlichkeit als „anerkennbare". Gegen beide Formulirungen Windscheid §. 288. A. 5. [und jetzt Brinz 2. Aufl. §. 221. S. 51.]

⁵ L. 16. §. 4. D. 46. 1. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest (darüber Schwanert S. 83 fg.) L. 7. D. eod. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse. L. 64. D. 12. 6. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, .... repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. L. 19. pr. eod. „naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest", dagegen L. 41. eod. „repetitio est, quia nec natura debet". — In dieser soluti retentio hat man das Charakteristische der naturalis obligatio finden wollen und darnach die Theorie derselben zu construiren versucht; so namentlich Christiansen a. a. O. Dagegen Erxleben die condictiones sine causa. I. S. 118 fg. 149 fg. Schwanert S. 117 fg. 189. Die condictio indebiti kann ex aequo et bono auch bezüglich eines indebitum ausgeschlossen sein. So erklärt sich L. 32. §. 2. D. de cond. indeb., ohne daß man eine naturalis obligatio annehmen müßte. Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Man darf nicht lesen: „ex qua solutum — repeti non potest"; denn es wird ja ein falsa opinione solutum vorausgesetzt; sondern: „ex qua — solutum repeti non potest". [Einen „Officialanspruch", der im Familienverband seinen Entstehungsgrund hat, findet darin Brinz 2. Aufl. §. 222.]

⁶ L. 16. §. 4. cit. (A. 4.) .... Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. L. 10. D. de V. S. Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione. Quodsi natura debeatur, non sunt loco creditorum.

7 Die Ansichten über das eigentliche Wesen der naturalis obligatio weichen zwar sonst sehr von einander ab; aber darin kommen doch die meisten, auch solche, welche dieselbe nicht mit dem ius gentium in Verbindung gebracht wissen wollen (Brinz krit. Bl. [Pand. 2. Aufl. §. 219. S. 48. §. 220. S. 45.]), überein, daß es in der naturalis ratio oder aequitas beruhe, warum in Fällen, wo eine klagbare Obligatio nicht besteht, gleichwohl ein rechtlich bedeutsames debere anerkannt wird. Eine Beziehung des natura debere auf das ius gentium spricht ausdrücklich aus L. 84. §. 1. D. de R. J. „Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus", und dies bleibt bedeutend, wenn man auch mit Brinz krit. Bl. S. 21., Note 28e. den Nachdruck auf *natura* legt, oder mit Schwanert S. 75 fg. die Stelle (meines Erachtens ohne genügenden Grund) nur von einer Obligatio bestimmten Inhalts versteht. Eben so bedeutend ist es, wenn L. 58 (59). D. de O. et A. 44. 7. (not. o.) sagt: „Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur," wenn ferner, obgleich nach L. 22. de R. J. „in personam servilem nulla cadit obligatio", weil nach L. 32. eod. „quod attinet ad ius civile servi pro nullis habentur", doch L. 14. D. de O. et A. aussagt, daß „servi... ex contractibus... civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant", und L. 64. D. de cond. ind. 12. 6. dies damit erklärt: „ut enim libertas naturali iure continetur (cf. L. 32. cit. „quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt"), ... ita debiti et non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est". Vgl. Scheurl in d. dogm. Jahrb. VII. S. 319 fg. — — Eine andre Ansicht aber entwickelt Schwanert a. a. O. [Vgl. auch Brinz 2. Aufl. §. 219. S. 42. §. 222. 223.] Er nimmt ein naturaliter debere in dreifacher Bedeutung und Beziehung an, indem er unterscheidet 1) klagbare naturalis obligatio (not. g.), wobei er das „naturaliter oder natura debere, obligari" ganz speciell auf die Entstehung der Verbindlichkeit in Folge eines Habens (ex numeratione oder datione creditae pecuniae), als eines realen Factums, oder auf das „reine factische Haben" bezieht (S. 69 fg. S. 80.); 2) naturaliter debere ohne obligatorische causa, „nicht rechtliche, des Rechtsgrundes entbehrende debita", „Pflichten, welche das Recht als solche nicht kennt, welche nach andern als rechtlichen Grundsätzen Pflichten sind und daher auch .... im Recht höchstens insofern in Betracht kommen, als das Recht seine Behauptung der Nichtexistenz eines debiti nicht geltend macht gegenüber der ohne sein Zuthun geschehenen Erfüllung derselben" (S. 94 fg.), wohin vorzugsweise gehören das naturale debitum des libertus auf Leistung von operae officiales (L. 26. §. 12. D. de cond. indeb.), und das naturale debitum ex nudo pacto (L. 5. §. 2. D. de solut.); 3) obligatio tantum naturalis, naturalis obligatio im engern technischen Sinn, „eine klaglose Obligation, ein rechtliches debere, wegen dessen eine actio nicht zusteht" (S. 155 fg.), welche sich auf dieselben causae civiles stütze, wie die civiles obligationes (S. 67.), auf einem rechtlich anerkannten Schuldgrunde, auf einem Obligationsacte ruhe (S. 154.), der, rechtsgültig geschlossen, eine causa solvendi ergebe, ob auch die Requisite für die Actio fehlen (S. 240.), und welche naturalis, tantum naturalis obligatio heiße, „weil sie eine Obl. eben nur durch das Factum des Obligationsacts" sei, und „nur gerade, soweit dieser Obligationsact an sich ein Rechtsverhältniß unter den Parteien begründet, ohne rechtliche Wirkung dieses facti" (S. 231.). [Vgl. Brinz 2. Aufl. §. 220 a. A.] — Dagegen ist zu bemerken: a) Es ist unwahrscheinlich, daß derselbe Ausdruck „natura oder naturaliter debere" von den römischen Juristen in wesentlich verschiedener Bedeutung gebraucht worden sei. b) Es ist nur eine unerhebliche Zu-

fälligkeit, wenn in unsern Quellen für Fälle der zweiten Art die Bezeichnung naturalis obl. nicht vorkommt, da in L. 25. §. 11. D. de hered. pet. „naturaliter obligare" nämlich ad remunerandum, sogar in einer Anwendung vorkommt, wo man am wenigsten von einer rechtlichen Verbindlichkeit reden kann (Schwanert S. 102.), und in Pauli sentt. I. 1. §. 1. findet sich auch „pacti obligatio". c) Wenn ein Obligationsact civiliter non obligat, so ist er eben iure civili nicht rechtsgültig abgeschlossen, und wenn nun, wo iure civili nulla obligatio est, doch naturaliter ein rechtliches debere, eine naturalis obligatio angenommen wird, so kann das „naturaliter" nicht bloß auf das Factum des Obligationsactes bezogen werden; es deutet vielmehr auf eine andere Rechtsanschauung als die des ius civile hin, nach welcher doch ein rechtliches debere bestehe, auf „das allgemeine Element des römischen Rechts (ius gentium, naturalis aequitas)" (Puchta §. 237.). d) Darauf kommt auch Schwanert selbst zurück, indem er S. 230. die nat. obl. als ein vinculum aequitatis anerkennt, deshalb, weil die Erfüllung dem Ermessen des debitor überlassen sei, „welches aber durch die Rücksicht auf einen objectiven Bestand gebunden ist, dessen Nichtbeachtung als eine iniquitas sich darstellen müßte", als ein vinculum, „weil und soweit Gründe der aequitas zur solutio auffordern". — Windscheid §. 287. geht aus von dem Gegensatz zwischen der juristischen und der natürlichen Auffassung (?), und unterscheidet Verbindlichkeiten, die es zugleich für die eine und die andere Auffassung sind, und solche, „welche es bloß für die natürliche Auffassung, nicht auch zugleich für die juristische sind", „(bloß-) natürliche Verbindlichkeiten", unter den letzten aber wieder solche, die das Recht vollkommen unbeachtet läßt, und solche, die das Recht, „wenn auch nicht vollständig anerkennt, doch in dieser oder jener Beziehung als Verbindlichkeiten gelten läßt", und diese letzten sind ihm „juristische (bloß-) natürliche Verbindlichkeiten". [Vgl. noch Nyck S. 16. 18..20.: Die n. o. „ist die Obligation des . . . in aller und jeder Beziehung mit der naturalis ratio in Einklang gebrachten ius gentium . . . nicht eine, wenn auch nur unvollkommene Art von Civilobligation, sondern das Civilrecht erkennt sie nur als factische Voraussetzung zur Hervorbringung gewisser Rechtswirkungen . . an"; sie verdankt aber „nicht dem Laienverstand, sondern gerade der juristischen Doctrin ihre Anerkennung und Ausbildung".]

8 Vgl. darüber Savigny und Brinz krit. Bl. a. a. O. Keller §. 227. Schwanert S. 244 fg. verbunden mit S. 94 fg. Im heutigen Recht ist eine wichtige Classe von Fällen, aus Rechtsgeschäften der Sklaven hervorgehend (Schwanert S. 244..299.), von selbst weggefallen, eine andere aus Rechtsgeschäften der Hauskinder (Schwanert S. 299..341.) schon im neuesten R. R. sehr vermindert (§. 435.). Ueberhaupt vgl. darüber Savigny §. 14. Bekker im Jahrb. IV. S. 405 fg. Windscheid §. 289. [Brinz 2. Aufl. §. 220.]

9 Darüber siehe insbesondere Keller a. a. O. Bekker S. 402 fg. Schwanert S. 188. 438. Windscheid §. 288. bes. A. 4.

10 Vgl. L. 19. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. (Pompon.) Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L. 40. pr. eod. (Marcian.) Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit,

non repetit. L. 9. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. (Ulpian.)... hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit. — Ein Princip für die Entscheidung der Frage, ob ungeachtet der perpetua exceptio noch eine wirksame naturalis obligatio anzuerkennen sei, kann aus diesen Stellen nicht abstrahirt werden; Savigny V. S. 375..379.; aber sie geben doch der Gesetzesauslegung einen Gesichtspunkt an, welcher mag erkennen lassen, ob nach der Absicht eines Gesetzes auch die Wirkungen der naturalis obligatio, wo an sich eine solche anzuerkennen wäre, ausgeschlossen sein sollen. Christiansen a. a. O. S. 102..114. Vgl. auch Erxleben a. a. O. S. 130..134. und Scheurl in d. Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 514. (Der wahre Sinn der Regel) „scheint mir darin zu bestehen, daß unterschieden wird, ob bei Einführung einer peremtorischen exceptio — die ja natürlich immer eben sowohl einen Nachtheil des Gläubigers als einen Vortheil des Schuldners mit sich führen muß — jene oder diese Wirkung in der Absicht des die exceptio einführenden Rechtswillens liegt". [Vgl. aber auch Scheurl in d. dogm. Jahrb. VII. S. 343. 353.] Schwanert S. 342. 347 fg. Windscheid §. 289. A. 22. — Schwing Verbleibt eine naturalis obligatio nach der Aufhebung eines Anspruchs durch exceptio perpetua nach gemeinem deutschen Rechte? im civ. Arch. LVI. 8.

## II. Ausübung der Obligationen.

### §. 218.

Das Recht des Gläubigers ist, daß die Verbindlichkeit des Schuldners erfüllt werde. In der Erwirkung und dem Empfang der Erfüllung besteht daher die Ausübung des Forderungsrechts. Die volle Ausübung der Forderung hebt diese selbst auf; es liegt im Zweck der Obligatio, daß sie durch Befriedigung des Gläubigers wieder vernichtet werde (§. 92); von Besitz ist bei Forderungen deshalb keine Rede (§. 129. A. 2.). Seine Befriedigung kann der Gläubiger, wenn sie nicht freiwillig gewährt wird, durch Klage, nach Umständen durch Exceptio bewirken; es ist aber möglich, daß er dabei mit andern Gläubigern in Collision gerathe, weil der Schuldner alle zu befriedigen außer Stand ist.

Anm. Ueber die Anwendung des Besitzbegriffes auf obligatorische Verhältnisse, ob und inwiefern sie denkbar sei? Bruns Recht des Besitzes S. 480..483. Randa Besitz §. 24. [3. Aufl. S. 539 fg.] und darüber Arndts in d. krit. Vjschr. VIII. S. 385 (civ. Schr. III. S. 233) fg. Windscheid §. 464. A. 5. Vgl. oben §. 91. A. 3. c. Seuffert's Arch. XVI. 5.

## A. Von der Erfüllung.

### §. 219.

#### 1) Gegenstand derselben.

Der Gegenstand der Erfüllung bestimmt sich durch den Gegenstand der Forderung (§. 202 fg.); der Gläubiger braucht weder eine Thei-

lung[a] noch eine Aenderung der Leistung[b], welche den eigentlichen Inhalt der Obligatio ausmacht, als Erfüllung anzunehmen, daher auch nicht die Leistung durch einen andern als den eigentlich Verpflichteten, sofern nicht die Persönlichkeit des Leistenden ohne Einfluß auf den Inhalt der Leistung ist[c]; er kann seinerseits eben so wenig etwas anderes fordern. Aber die gerichtliche Geltendmachung der Forderung führt nicht immer die Verwirklichung jener Leistung herbei, auch wo diese möglich wäre; oft findet sie ihr Ziel nur in Beitreibung des Geldwerthes derselben aus dem Vermögen des verurtheilten Schuldners.

Anm. Nach älterem Recht lautete die Condemnatio des Beklagten immer auf Geldzahlung, welches auch der Gegenstand der Obligatio sein mochte; nur bei arbitrariae actiones konnte zuvor durch einen wohl auch erzwingbaren Restitutions- oder Exhibitionsbefehl versucht werden, den Schuldner zu der bestimmten Leistung anzuhalten (§. 100. not. m. §. 115. not. o.). Nach Justinianischem Recht geht das richterliche Urtheil in allen Fällen zunächst auf den wahren Gegenstand der Schuldverbindlichkeit, und wird dieses auch in Ermangelung freiwilliger Erfüllung, soweit möglich, vollzogen, ausgenommen bei faciendi obligationes (L. 13. §. 1. D. de re iud. 42. 1. vgl. mit L. 14. Cod. de sent. 7. 45.). Bethmann-Hollweg Hdb. des Proc. [= Gerichtsverf. u. Proceß des sinkenden Röm. Reichs] I. §. 29..31. Nach heutigem Recht kann auch im letzten Falle Vollziehung gegen den Verurtheilten versucht, und erst, wenn sie erfolglos ist, Ersatz in Gelde an die Stelle gesetzt werden. Bayer Vorträge über den Civilproceß (8. Aufl. S. 1117 fg.) Wetzell System des Civilproc. §. 46. 50. [Ueber die Personen, welche erfüllen können und eine Erfüllung annehmen können, s. jetzt Mandry Reichsgeş. S. 310 fg., 325 fg. (2. Aufl. S. 423. 444 fg.)]

## §. 220.
### 2) Zeit der Erfüllung.

Regelmäßig kann der Gläubiger die Erfüllung alsbald nach Entstehung der Obligatio fordern, der Schuldner sie leisten, [sobald] er will, nur nicht gerade zu unangemessener Stunde[a]. Oft aber ergibt sich schon aus der Beschaffenheit der Leistung von selbst ein gewisser Aufschub der Erfüllung[b]. Auch kann über die Zeit der Erfüllung etwas Besonderes festgesetzt sein, z. B. ein Tag, an welchem[c], oder eine Zeitfrist, in welcher[d] zu erfüllen ist. Eine solche Zeitbestimmung kann wohl den Vortheil des Gläubigers bezwecken[e]; im Zweifel aber wird sie nur zu Gunsten des Schuldners gedeutet; diei adiectio pro reo est[f]; dieser kann nicht vor

[a] L. 41. §. 1. D. de usur. 22. 1. cf. L. 21. D. de reb. cred. 12. 1. — L. 9. §. 1. D. de solut. 46. 3. (§. 204). [b] L. 2. §. 1. L. 3. D. de reb. cred. L. 98. §. 6. D. de solut. L. 16. Cod. eod. 8. 42 (43). cf. L. 11. §. 25. D. de legat. III. (32.) [c] L. 31. D. de solut. 46. 3. cf. L. 53. eod.

[a] L. 14. D. de R. J. cf. L. 39. D. de solut. 46. 3. [b] §. 27. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 14. 60. 73. 98. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 137. §. 4. eod. — L. 105. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. [c] L. 41. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 42. eod. L. 50. D. de O. et A. 44. 7. [e] L. 17. D. de R. J. cf. L. 15. D. de ann. 33. 1. L. 43. §. 2. D. de legat. II. [f] L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. D. de V. O. L. 70. D. de solut.

Ablauf der bestimmten Zeitfrist belangt werden, dies nondum venit[g]; er kann aber wohl vor der Zeit erfüllen[h]. Die vorzeitige Erfüllung kann dem Gläubiger einen Vortheil gewähren[1], indem er früher, als er berechtigt war, in den Genuß des Schuldgegenstandes kommt[i]; ist dieser zinsfähig, die Schuld aber war unverzinslich, so gewinnt der Gläubiger und der Schuldner verliert den Vortheil des Zinsgenusses für die Zwischenzeit von der wirklichen Zahlung bis zu dem späteren Zeitpunkt der Fälligkeit, das sog. Interusurium[k]. Der Gläubiger kann in den Fall kommen, diesen Gewinn als unrechtlichen hinterher wieder erstatten zu müssen[l]. Keineswegs aber ist der Schuldner berechtigt, wider Willen des Gläubigers früher zahlend von der Schuldsumme einen jenem Vortheil entsprechenden Abzug zu machen[2 3 4].

Anm. [1] Die gegenwärtige Erfüllung einer erst künftig fälligen Leistung heißt *repraesentatio,* L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 88. §. 5. D. de legat. II., daher der Vortheil, den sie dem Gläubiger gewährt, commodum repraesentationis, L. 1. §. 10. D. ad leg. Falc. 35. 2., commodum quod sentit in repraesentatione, L. 10. §. 12. D. 42. 8.; überhaupt aber heißt der Vortheil, welchen der Schuldgegenstand in der Zwischenzeit, sei es dem später zahlenden Schuldner oder dem früher bezahlten Gläubiger, gewährt hat oder gewähren kann, commodum temporis, medii temporis, L. 45. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II. L. 24. §. 2. cit., bei Zinsfähigkeit des Gegenstandes gleichbedeutend mit interusurium (not. k.), im heutigen kaufmännischen Sprachgebrauch: Rabatt, Disconto.

[2] Auch nicht, wie Puchta §. 241. bei not. f. behauptet, wenn die frühere Zahlung mit dem Willen des Gläubigers geschieht, wenn er nicht auch Vergütung für das Interusurium bewilligt hat. — Einen besondern Fall enthält L. 24. §. 2. cit. Quotiens mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus, si maritus satisdare non possit, tunc deducto commodo temporis condemnatio residui repraesentatur; sed si, quum maritus satisdare posset, nollet, in solidum eum condemnandum Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio convenit, ut aut satisdatione interposita absolvat maritum, aut habita ratione compensationis (Hal. *repraesentationis*) eum condemnet, quod quidem hodie magis usurpatur. Nec ferenda est mulier, si dicat, magis se velle dilationem pati, quam in repraesentatione deductionem. Vgl. Vangerow III. §. 587. S. 182. Petzoldt in d. Ztschr. für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für . . Sachsen, n. F. XIX. 7. [9.] S. 385 fg. [481 fg.]

[3] Auch abgesehen von den in A. 2. angedeuteten Fällen, kann es aus anderem Anlaß (z. B. L. 45. pr. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.) nothwendig werden, zu berechnen, wie viel bei früherer Zahlung der Gläubiger mehr, als er fordern kann, erhalten, der Schuldner mehr, als er schuldig ist, hergeben würde, und so den Betrag der später fällig werdenden Schuldforderung für einen frühern Zeitpunkt zu ermitteln. [Wächter II. S. 381 fg.] Dies ist eine mathematische Aufgabe. Ihr Ziel ist: einer-

g L. 213. D. de V. S. (§. 73. A. 6. a. E.) h L. 70. cit. not. f. i L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. quae in fraud. cred. 42. 8. — L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. k L. 9. §. 8. D. de pecul. 15. 1. L. 66. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. l L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. cit. not. i.

seits eine Summe zu bestimmen, welche mit Hinzurechnung des inzwischen möglichen Zinsgewinnes zur Zeit der Fälligkeit das Capital ergibt, welches dann zu zahlen wäre, oder andrerseits die Summe zu bestimmen, welche, ebenfalls mit Hinzurechnung des inzwischen davon möglichen Zinsgewinns, am Ende der Zahlungsfrist so viel ausmacht, als der Schuldner durch das bis dahin noch ihm gebührende Interusurium der Schuldsumme hätte gewinnen können. Diese beiden Summen müssen so zusammenstimmen, daß nach Abzug der einen von dem eigentlichen Schuldkapital die andere übrig bleibt, beide zusammen das letzte ergeben. Die richtige Lösung dieser Aufgabe gewährt die von Leibnitz (in seiner Meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice, in den Actis Eruditorum [p. 425 sqq.] 1683.) aufgestellte logarithmische Berechnung des Interusuriums, welche ein Capital darstellt, das mit Zinsen und Zinseszinsen am Ende der Zahlungsfrist der eigentlichen Schuldsumme gleichkommt. Die mathematische Richtigkeit ihres Ergebnisses ist neuerdings nachgewiesen von Oettinger im civ. Arch. XXIX. 2., welcher zugleich eine im Resultat übereinstimmende neue Methode angibt, wornach gleichmäßig jene beiden Größen (für den Schuldner wie für den Gläubiger) ermittelt werden können. Vgl. auch Keil das Interusurium, Jena 1854. Eine andere Berechnung ist die Hoffmannische (von G. A. Hoffmann in dessen „Klugheit Haus zu halten", Leipzig 1731., aufgestellt), welche ein Capital findet, das mit Zurechnung der einfachen Zinsen am Ende der Frist dem Schuldcapital gleichkommt, und so zwar dem Gläubiger genügt, den Schuldner aber verkürzt, nach der Formel $X = \frac{100 \times k}{100 + np}$, wenn k das Capital, n die Zahl der Jahre, p die Procente bezeichnet; z. B. $\frac{100 \times 1000}{100 + 20 \times 5} = 500$. Diese Berechnung wird gleichwohl noch von Manchen als die juristisch allein richtige angesehen, z. B. von Schrader Civ. Abh. II. 2. F. Zachariä über die richtige Berechnung des Interusurii nach Grundsätzen des Rechts. Greifswalde 1831. Rislex. V. S. 640 fg. [Wächter II. S. 833.; s. jetzt auch Reichs-Conc.-O. §. 58.] Dies kann aber nicht zugegeben werden. Puchta Vorles. II. §. 241. Vgl. Vangerow III. §. 587. (S. 180 fg.): „Das Richtigste dürfte freilich sein, keine der beiden Berechnungsarten rein zur Anwendung zu bringen, sondern eine den concreten Verhältnissen entsprechende Combination beider, wozu Keil a. a. O. S. 43 fg. sachgemäße Andeutungen gegeben hat." Vgl. auch Windscheid §. 274. Gesetzlich anerkannt ist die Leibnitzische Berechnung in Preußen; ob auch in Sachsen? dagegen Petzoldt a. a. O. S. 505..516. [B. G. Schmidt Vorl. über das in ... Sachsen gelt. Priv.R. 1869. I. S. 363 fg.] — Offenbar unrichtig ist die nach Pinckhard von Carpzov (op. decis. ill. III. num. 275.) vertheidigte Berechnungsart, welche schlechthin die Summe der einfachen Zwischenzinsen vom Capital abzieht, also bei einer Frist von 20 Jahren und einem Zinsfuß von 5 Procent dieses ganz aufzehrt, daher nur bei kurzen Zahlungsfristen allenfalls erträglich erscheinen kann.

[4] Daß im römischen Recht eine der eben bezeichneten Berechnungsweisen angewendet sei, ist unerweislich, würde auch nicht entscheidend sein. Puchta §. 241. not. g. Vgl. a) L. 88. §. 3. D. ad leg. Falc. 35. 2. Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum praesenti die, tibi aeque centum sub conditione; post aliquantum temporis extitit conditio, ita tamen ut ex reditu eius summae, quae tibi relicta est, non amplius quam viginti quinque reciperet: legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre ei debeamus et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque. Quum

igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse; quod minime verum est. Licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est, aliquanto uberius esse meum legatum. Quare statuendum erit, tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres perceperit. Secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quatuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo legato est. Diese Stelle hat der Mathematiker Oettinger a. a. O. S. 43 fg. nicht verstanden, nicht wissend, daß nach der lex Falcidia der Betrag des Vermögens wie der Vermächtnisse mit Rücksicht auf die Todeszeit des Erblassers zu bestimmen war. b) L. 3. §. 2. eod. Item si reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas. Diese Stelle, wenn überhaupt für die vorliegende Frage Gebrauch davon zu machen, würde für die Leibnitzische Methode sprechen. Oettinger S. 45. 50.

## §. 221.

### 3) Ort der Erfüllung [1].

Der Ort der Erfüllung kann von selbst mit Nothwendigkeit durch die Beschaffenheit der Leistung bestimmt sein; das ist der Fall, wenn die Obligatio auf Uebergabe einer bestimmten unbeweglichen Sache oder auf andere unmittelbar auf diese bezügliche Leistungen, die an den Ort der Lage gebunden sind, gerichtet ist [2]. Der Erfüllungs- oder Leistungsort kann ferner durch besondre Festsetzung [a], auch alternativ dieser oder jener [b], bestimmt sein. Alsdann braucht an anderem Orte der Gläubiger die Leistung nicht anzunehmen [c], der Schuldner nicht zu leisten [d], es sei denn, daß der Erfüllungsort erweislich nur zum Vortheil des Schuldners oder nur zum Vortheil des Gläubigers angegeben wäre [3]. Dem Gläubiger ist jedoch gestattet, auch an einem andern Orte darauf zu klagen [4], daß der Schuldner entweder an dem bestimmten Orte oder mit Berücksichtigung des Ortsinteresse, für die eine wie für die andere Partei, an dem Orte der Klage erfülle [e]. Wenn aber der Erfüllungsort weder besonders festgesetzt ist, noch aus der Beschaffenheit der Leistung sich mit Nothwendigkeit ergibt, so ist vorzüglich auf die aus den Umständen erkennbare Willensmeinung der Parteien und auf die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses und seines Gegenstandes Rücksicht zu nehmen [5], um zu bestimmen, wo der Schuldner die Leistung mit Recht anbieten, wo der Gläubiger mit Recht dieselbe verlangen könne, ob etwa der Gläubiger

[a] L. 1. 5. D. de eo quod certo loco dari oportet. 13. 4. L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. [b] L. 2. §. 3. D. h. t. 13. 4. cf. L. 106. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 2. §. 7. L. 9. D. h. t. 13. 4. L. 122. pr. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 1. D. h. t. 13. 4. [e] L. 2. et sqq. eod. L. un. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit. 3. 18.

das zu Leistende beim Schuldner zu **holen** oder dieser dasselbe jenem zu **bringen** habe, und auf wessen Kosten und **Gefahr** die Zustellung des zu leistenden Gegenstandes an den Gläubiger zu geschehen habe[f]. Gereicht das Schuldverhältniß wesentlich nur zum Vortheil des Gläubigers, so wird in der Regel der Erfüllungsort mit schonender Rücksicht auf den Schuldner, sofern diesem kein Verschulden zur Last fällt, zu bestimmen sein, da, wo er ohne weiteren Nachtheil und ohne unbillige Beschwerde leisten kann[g]; zu Gunsten des Gläubigers aber da, wo dieser ohne Nachtheil annehmen kann, wenn das Schuldgeschäft wesentlich nur zum Vortheil des Schuldners gereicht[h]. Geht die Verbindlichkeit nur auf Herausgabe einer Bereicherung, so ist dem Schuldner kein weiteres Opfer rücksichtlich des Erfüllungsortes zuzumuthen; geht sie auf Ersatz eines Schadens, so soll dieser Ersatz dem Gläubiger nicht durch Beschwerde rücksichtlich des Ortes der Leistung verkümmert werden[6]. An offenbar unpassendem Orte, wie zu unpassender Zeit, braucht weder der Schuldner zu leisten noch der Gläubiger anzunehmen[i]. Wofern aber nicht obige Rücksichten ein anderes begründen, mag der Schuldner leisten, wo er den Gläubiger antrifft, und muß da leisten[k], wo er mit wirksamer Klage belangt wird[7].

Anm. [1] **Savigny** Obl. I. §. 49. S. 508..516. **Reatz** die Lehre vom Erfüllungsort. Gießen 1862. [**Schulin** z. L. v. Erfüllungsort und v. Gerichtsstand der Obl. nach R. R. 1879. (vrbr. **Brinz** in d. krit. Vjschr. XXII. S. 201 fg.) J. L. **Burchard** z. L. v. Erfüllungsorte. 1880. **Brinz** 2. Aufl. §. 279. II. §. 290. S. 451 fg.]

[2] **Savigny** S. 509 fg. und im System VIII. S. 213 fg. **Reatz** S. 2 fg.

[3] Diese Beschränkung wird mit Recht geltend gemacht von **Reatz** a. a. O. S. 15 fg., obwohl L. 137. §. 2. D. de V. O. verb. *„vel quia ubique potest solvere“* kein sicheres Argument dafür gewährt.

[4] Die Klage aus einer stricti iuris obligatio auf dare einer bestimmten Sache (certa obligatio, §. 203.) mit bestimmtem Erfüllungsorte konnte nach römischem Recht strenge genommen nur am Erfüllungsorte angestellt werden, es wäre denn von einem (italischen) Grundstücke die Rede, wobei der Ort der Klage um so weniger eine Aenderung in der Leistung bewirken konnte, als das dare derselben an jedem Orte mit gleicher Wirkung (durch mancipatio oder in iure cessio) vollzogen werden konnte. Gai. I. 121. II. 24. Um nun gleichwohl auch in jenem Falle die gerichtliche Verfolgung des Schuldners an anderem Orte möglich zu machen, führte das prätorische Edict eine besondere arbitraria actio *de eo quod certo loco dari oportet* ein, worauf sich

[f] L. 38. 50. D. de iud. 5. 1. L. 47. pr. §. 1. L. 108. pr. D. de legat. I. — L. 11. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. L. 12. §. 1. D. depos. 16. 3. L. 3. §. 4. L. 9. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 3. L. 4. §. 2. D. de peric. et comm. 18. 6. [g] L. 11. §. 1. L. 12. §. 1. citt. L. 4. §. 5. L. 6. pr. D. de edendo. 2. 13. L. 17. §. 1. L. 20. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5. [h] arg. L. 62 (61). §. 5. D. de furtis. 47. 2. L. 7. D. test. quemadm. ap. 29. 3. — L. 10. §. 1.. L. 12. 20. D. commodati. 13. 6. [i] L. 39. D. de solut. 46. 3. [k] L. 4. D. de cond. trit. 13. 3. L. 22. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. D. de ann. leg. 33. 1.

Dig. h. t. (13. 4.) bezieht. Bei bonae fidei obligationes und selbst bei stricti iuris aber incertae obligationes bedurfte es einer solchen Aushülfe nicht, weil hier die Unbestimmtheit der Formel: *quidquid dare facere oportet* ohnehin gestattete, das Ortsinteresse in Erwägung zu ziehen. L. 7. D. h. t. Vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 35..50. [E. Treptow z. L. v. d. actio de eo quod certo loco. Greifsw. 1875. M. Cohn die sog. actio de eo quod certo loco. 1877. (Drbr. Lenel in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 50. Puntschart in d. Wiener Ztschr. VI. S. 612 fg.) Lenel Beiträge zur Kunde des prät. Edicts. 1878. S. 55 fg. (Drbr. M. Cohn in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 31 fg.) Kuntze Cursus 2. Aufl. §. 640. Lenel das ed. perpet. S. 191 fg.] Bezüglich der stricti iuris actiones ist zwar a. M. Puchta Inst. §. 152. not. q. (8. Aufl. I. S. 433.) wegen L. 7. §. 1. D. l. c. Aber vgl. L. 43. D. de iud. 5. 1. und Bethmann-Hollweg S. 43. A. 97. [jetzt aber auch Cohn act. de eo S. 70 fg.] Heutzutage hat nun jene arbitraria actio ihre formelle Bedeutung ganz verloren; die materiellen Bestimmungen darüber sind noch anwendbar. Vgl. §. 206. A. 4. e. [Cohn a. a. O. S. 205 fg. und überhaupt Brinz 2. Aufl. §. 279. II. 2. §. 244. A. 22.] — Für den Fall einer alternativen Ortsbestimmung war bei stricti iuris obl. Regel, daß der Schuldner bis zur Klage, nachher nicht mehr die Wahl habe. L. 2. §. 3. D. h. t. Aber diese Regel galt nicht bei bonae fidei obl., L. 5. §. 1. D. depos. 16. 3., und paßte auch nicht mehr zu der angeführten arbitraria actio. Reatz S. 4. — Ueber cumulative Ortsbestimmung s. L. 2. §. 4. D. h. t. Si quis ita stipulatur: *Ephesi et Capuae*, hoc agit, ut Ephesi partem et Capuae partem petat.

5 Bayer. Entw. II. Art. 98. „Ist der Ort der Leistung nicht ausdrücklich festgesetzt, so muß sie an demjenigen Orte geschehen, welcher der Beschaffenheit und dem Zwecke des Schuldverhältnisses, so wie der nach den Umständen zu ermessenden Absicht der Parteien am meisten entspricht." Vgl. Arndts in d. krit. Vierteljahrsschr. V. S. 174 fg. Unger über den revid. sächs. Entw. (I.) S. 62. ebenda, Replik. (II.) Anhang v. Arndts S. 59. 81 fg. (civ. Schr. III. S. 454. 473. vgl. auch ebenda S. 507 fg.)

6 Nach diesen Gesichtspunkten sucht Reatz a. a. O. den Erfüllungsort für die verschiedenen Fälle näher zu bestimmen. Vgl. auch Ihering in d. dogmat. Jahrb. IV. S. 366 fg. 418 fg. — Für Handelsgeschäfte stellt das deutsche Handelsgesetzb. Art. 324. 325. 342. Regeln auf, worüber zu vergleichen Reatz a. a. O. S. 150 fg.

7 Nach R. R. war bei certi condictiones Regel, daß der Ort der Klage auch Erfüllungsort sei (not. k. A. 4.). Aber diese Regel wurde von den römischen Juristen schon vielfach durchbrochen und konnte bei freien Klagen überhaupt nicht den Ausschlag geben (not. f. g. h.); sie kann es überall nicht nach Justinianischem und noch weniger nach heutigem Recht. Reatz a. a. O. S. 25 fg. vgl. S. 74 fg. [auch Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 57. 58.]; über andre Ansichten, namentlich Savigny's a. a. O., auch die dieses Lehrb. in früheren Auflagen. vgl. Reatz S. 21 fg.; dazu Windscheid §. 282.

### 4) Modificationen der Erfüllung.

### §. 222.

#### a) Hinsichtlich des Gegenstandes.

Kann der eigentliche Schuldgegenstand nicht geleistet werden, so ist der Gläubiger, wo nicht dessen Forderung ganz wegfällt, durch Zahlung

des Geldwerthes (aestimatio) zu befriedigen, und zwar des gemeinen Werthes nach Ort und Zeit der Leistung[a], es sei denn, daß durch Verschulden des Verpflichteten andere Ansprüche begründet würden (§. 206, 250 fg.)[1]. Umgekehrt kann bei einer Geldschuld, wenn der Schuldner Geld sich nicht zu verschaffen vermag, der auf Zahlung dringende Gläubiger genöthigt werden, statt dessen andere Sachen[1a] des Schuldners an Zahlungsstatt anzunehmen, jedoch nur die bessern und nach gerichtlicher Schätzung ihres Werthes[b]. Dies ist das sog. *beneficium dationis in solutum*[2]. Mit dem Willen des Gläubigers kann solche Umwandlung des Gegenstandes immer[2a] statthaben[c]. Die Annahme an Zahlungsstatt[3] wird übrigens einem Kaufe verglichen, wobei die Geldsumme als Kaufpreis gilt[d]. Doch kann im Fall der Eviction des Empfangenen[4] auch die Schuldforderung als noch bestehend geltend gemacht werden[e].

Anm. 1 Gegen diese Regel erklärt sich Mommsen Beitr. II. S. 100 fg., welcher vielmehr regelmäßig, auch wenn kein Verschulden des Verpflichteten vorliegt, die Prästation des Interesse verlangt, und davon nur bestimmte Ausnahmen zuläßt. Aber vgl. dagegen Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 530 fg.

[1a Die Nov. 4. (not. b.) spricht nur von Immobilien, der J. R. A. auch von beweglichen Sachen.]

2 Ein besonderes Vorrecht hat Justinian Kirchen und milden Stiftungen gewährt. Wenn sie ihre Schulden nicht durch Verwerthung beweglicher Sachen tilgen können, so soll entweder das Eigenthum unbeweglicher Sachen, aber nicht nach Auswahl des Gläubigers, und unter Erhöhung des Schätzungswerthes um $1/_{10}$, an Zahlungsstatt gegeben oder auch der Gläubiger nur in den Besitz und Genuß dazu geeigneter Grundstücke gesetzt werden, um sich aus den Früchten allmählig Befriedigung zu verschaffen, wobei denn die Zinsen auf 3 Procent jährlich herabgesetzt werden. Nov. 120. cap. 6. Auth. *hoc ius porrectum* Cod. de ss. eccles. 1. 2. Die Praxis hat daraus für jene juristischen Personen überhaupt ein Recht auf Herabsetzung ihrer Zinsverbindlichkeit im Falle starker Verschuldung abgeleitet.

[2a Vgl. aber jetzt die gegen das sog. Trucksystem (d. h. die Entlohnung der Arbeiter durch Waaren) gerichteten Bestimmungen der Reichsgewerbe-O. v. 21. Juni 1869. §. 134..138. und der Novelle v. 17. Juli 1878 und dazu Mandry Reichsges. S. 313 fg. (2. Aufl. S. 426 fg.)]

3 Römer die Leistung an Zahlungsstatt nach Röm. und gem. R. 1866. Vgl. Witte in krit. Vjschr. VIII. S. 481 fg. [Hruza z. L. v. d. Novation S. 144 fg. „Ueber das Rechtsverh. aus d. Hingabe einer Tratte zahlungshalber“: Römer in s. Abh. aus d. R. R., dem Handels- und Wechselrecht. Heft 1. (1877). Nr. 2.; (vrbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1878. Nr. 14. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XXI. S. 284 fg.)]

a L. 71. §. 3. D. de legat. I. L. 33. eod. b Nov. 4. cap. 3. vgl. J.R.A. §. 172. c pr. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 168. d L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. de evict. 8. 44 (45). L. 10. 21. Cod. de solut. et lib. 8. 42 (43). — L. 4. in f. Cod. qui bon. ced. 7. 71. e L. 46. D. de solut. 46. 3.

[4] Verschiedene Meinungen darüber: Römer Leistg. an Zahlungsstatt S. 38 fg. 54 fg. Witte S. 485 fg. Windscheid §. 342. A. 14. [Brinz 2. Aufl. §. 280. A. 12.]

b) Hinsichtlich der Zeit.

§. 223.

α) Durch erzwungene Stundung.

Dem Schuldner kann wider Willen des Gläubigers Stundung gewährt, d. h. eine Zeitfrist festgesetzt werden, innerhalb welcher jener zur Erfüllung nicht gedrängt werden, die Forderungsklage gegen ihn also nicht stattfinden soll. Dies konnte geschehen: 1) durch Beschluß der Mehrheit der Gläubiger, es sei aus Rücksicht auf den Vortheil der Gläubiger oder aus billiger Schonung für den Schuldner, jedoch auf höchstens 5 Jahre: die Mehrheit bestimmt sich nach der Größe der Forderungen, wenn aber diese auf beiden Seiten gleich ist, nach der Zahl der Personen[a]; 2) durch ein Rescript des Regenten, welches aber Sicherstellung der Gläubiger voraussetzt, sog. Moratorium, Indult, Anstandsbrief, litterae induciales oder respirationis u. s. w., sonst gewöhnlich ebenfalls auf 5 Jahre, daher auch litterae quinquennales oder Quinquennellen[b]. Klagen, die bloß auf Herausgabe von nicht dem Schuldner gehörenden Sachen gehen, werden durch die Stundung nicht gehindert. Für die gestundeten Klagen tritt so lange ein Stillstand der Verjährung ein[c]. [Durch Reichsgesetze der neuesten Zeit[d] ist das Institut der Moratorien aufgehoben worden; die Möglichkeit der Gewährung einer Stundung durch Beschluß der Mehrheit der Gläubiger besteht zwar fort, aber sie hat nur statt nach eröffnetem Concurs und nach den Regeln vom Zwangsvergleich. (§. 267. A. 4.)]

§. 224.

β) Durch Güterabtretung.

Im Fall unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit kann der Schuldner der gerichtlichen Verfolgung seiner Gläubiger dadurch sich entziehen, daß er ihnen seine ganze Habe zu ihrer Befriedigung überläßt, bonis cedendo, daher *cessio bonorum*, Güterabtretung[a]. In Folge dessen[1] kann er sich gegen alle nicht erst später entstehenden Forderungsklagen durch Exceptio schützen[b], kann jedoch von den nichtbefriedigten Gläubigern noch

[a] L. 8. Cod. qui bon. ced. 7. 71. [b] L. 2. 4. Cod. de precib. 1. 19. R.P.O. v. 1577. Tit. 23. §. 4. [c] L. 8. cit. in f. §. 110. not. c. [[d] Einf.Ges. z. R.C.P.O. §. 14. Nr. 4. Einf.Ges. z. Conc.O. §. 4.]

[a] Dig. de cessione bonorum. 42. 3. Cod. qui bonis cedere possunt. 7. 71. [b] L. 4. §. 1. D. h. t. L. 3. Cod. de bon. auct. iud. poss. 7. 72.

belangt werden, wenn er nachher wieder in bessere Vermögensumstände kommt[c]. [Die neue Reichsgesetzgebung[d] hat die Vortheile der Güterabtretung aufgehoben[2].]

Anm. [1] Die cessio bonorum wird als beneficium bezeichnet, eingeführt durch eine lex Julia, weil sie den Schuldner gegen andere Folgen der Zahlungsunfähigkeit schützt. L. 1. 8. Cod. h. t. L. 11. Cod. de caus. ex quib. infamia irrog. 2. 11 (12.) Heimbach im Rtslex. I. S. 873..877. [Sonnenschmidt Prakt. Erört. S. 180 fg.] Ueber ein angeblich (nach der nicht glossirten Nov. 135. cap. 1.) dabei vorkommendes beneficium *eiurationis bonae copiae* (Mühlenbruch §. 154. not. 14. §. 170. not. 8.) vgl. Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. S. 666 fg. Heimbach a. a. O. S. 899 fg. Rudorff Zeitschr. für Rechtsgesch. IV. S. 51 fg.

[[2] Ob vollständig? Vgl. Brinz 2. Aufl. §. 286. A. 11.]

## §. 225.

### γ) Durch die Rechtswohlthat des Nothbedarfs [1].

In manchen Fällen kann der Schuldner verlangen, nur zu solchem Betrage verurtheilt zu werden, den er nach seinen Vermögensumständen und zwar nach Abzug des ihm selbst zum Lebensunterhalt Unentbehrlichen (d. i. des Nothbedarfs, der sog. Competenz), zu zahlen im Stande ist[a], *in id quod facere potest*[2]. Dieses Recht des Nothbedarfs wird durch eine, jedoch auf die Person des so berechtigten Schuldners beschränkte[b] Einrede gegen die Forderungsklage geltend gemacht, die aber auch gegen die actio iudicati noch zulässig ist[c]. Rücksichtlich des Restes bleibt nicht nur die Obligatio als naturalis obligatio bestehen[d], sondern wird auch durch Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners wieder klagbar[e]. Ob und in welchem Maße die Rechtswohlthat zur Anwendung komme, hängt von dem Vermögen des Schuldners zur Zeit der Verurtheilung ab[f], wobei aber, einen Fall ausgenommen[g], andere Schulden nicht in Abzug kommen[h]. Unstatthaft ist sie gegen Klagen aus Delicten und gegen Ansprüche, die durch Dolus des Schuldners begründet sind[i], sowie auch insofern, als durch dolus das Vermögen vermindert worden[k], und beseitigt wird sie durch Verzicht, sofern nicht dessen Geltend-

[c] L. 3. cit. L. 1. Cod. h. t. L. 6. 7. D. h. t. [[d] Einf.Ges. z. Conc.O. §. 4. C.O. §. 162. Al. 1.]

[a] §. 37. 38. J. de act. 4. 6. L. 173. pr. D. de R. J. L. 16..25. 30. D. de re iud. 42. 1. [b] L. 23..25. D. l. c. L. 7. pr. D. de except. 44. 1. L. 63. §. 1. 2. D. pro soc. 17. 2. L. 12..15. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [c] L. 17. §. 2. D. 24. 3. L. 41. §. 2. D. de re iud. 42. 1. L. 33. pr. D. de donat. 39. 5. L. 5. pr. D. quod cum eo. 14. 5. [d] L. 8. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] [L. 8. Cod. sol. matr. 5. 18.] L. 63. §. 4. D. pro soc. 17. 2. L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 47. §. 2. D. de peculio. 15. 1. [f] L. 63. §. 6. D. pro soc. 17. 2. L. 15. pr. D. sol. matr. 24. 3. [g] L. 19. §. 1. L. 49. 50. D. de re iud. 42. 1. L. 54. D. sol. matr. [h] L. 16. 19. pr. D. de re iud. L. 63. §. 3. D. pro soc. 17. 2. [i] L. 22. §. 1. L. 52. D. de re iud. L. 21. §. 6. D. rer. amot. 25. 2. L. 4. §. 1. 2. D. quod cum eo. 14. 5. [k] L. 63. pr. §. 7. D. pro soc. L. 51. pr. D. de re iud. 42. 1.

machung selbst unanständig erscheint[1]. Die **Gründe**, auf denen die Rechtswohlthat beruht, sind entweder ein besonderes persönliches Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger[3], oder die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses, aus dem die Forderung entspringt[4], oder eine besondere Eigenschaft des Schuldners, welche diesem gegen verschiedene Gläubiger jene Begünstigung gewährt[5].

Anm. [1] Diesen passenden Ausdruck hat Windscheid §. 267. anstatt des bisher üblichen „Rechtswohlthat der Competenz, beneficium competentiae" gewählt.

[2] Der Ausdruck: *condemnare in id quod facere potest (reus)* bezeichnet eigentlich nur eine Beschränkung der Verurtheilung auf den wirklichen Betrag des activen Vermögens des Schuldners, L. 82. D. ad leg. Falc. 35. 2. (cf. §. 37. J. 4. 6. *„quatenus facere possit, id est, quatenus facultates eius patiuntur"*, L. 21. D. h. t. 42. 1. *„ut non ultra facultates damnetur"*), ist aber später günstiger ausgelegt worden nach L. 173. D. de R. J. In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant. [„Der Nothbedarf ist . . zwar nicht nach standesmäßigem Auskommen, aber doch nicht ohne Rücksicht auf Person und Lebensgewohnheit des Schuldners zu bemessen." Brinz 2. Aufl. §. 286. bei A. 20.] Cf. L. 19. §. 1. D. h. t. 42. 1. (Paul. lib. VI. ad Plautium.) Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur, et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Immo, nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi (*ipsius*) ratio habenda est, ne egeat. — In neuerer Zeit aber hat man zu entdecken geglaubt, das letzte sei ein besonderes beneficium (executionis), welches, verschieden von dem beneficium condemnationis in id quod facere potest, nicht in allen Fällen mit diesem zusammentreffe, Schöman Hdb. II. 4., oder doch, wenn es auch nach L. 173. cit. in allen denselben Fällen gleichfalls stattfinde, von dem letzten sich dadurch unterscheide, daß nur dieses (wenige Fälle ausgenommen: not. e.), nicht auch jenes, den Schuldner von der Klage wegen des Restes ganz befreie, Vangerow I. §. 174. A. 1. Heimbach im Rtslex. I. S. 878 fg. Vgl. dagegen Francke im civ. Arch. XXIII. 14. Unterholzner §. 181. 182., Puchta §. 244. not. a. In der 6. Aufl. hat aber auch Vangerow seine abweichende Meinung, so weit sie von praktischer Bedeutung sein würde, in der That aufgegeben, indem er völlige Befreiung von der Restforderung in keinem Falle mehr eintreten läßt. Dagegen hat Brinz 1. Aufl. S. 544 fg. jene Unterscheidung in der Weise wieder aufgenommen, daß er bei der condemnatio in id quod facere potest zur Erhaltung der Nachforderung eine Caution (nuda promissio) für nothwendig hält, während bei bloßer Beschränkung der Execution sich jene von selbst verstehe. [Wieder anders, als im Text geschehen, faßt den Rechtssatz in not. d. e. Wächter II. S. 335: der Schuldner bleibe das Abgezogene klagbar schuldig; nur werde seine Schuld erst **fällig**, wenn er wieder in bessere Umstände komme. Vgl. auch Brinz 2. Aufl. §. 223. Nr. 3. §. 286. S. 415.]

[3] Aus diesem Grunde haben das Beneficium: a) Aeltern [auch uneheliche? Vgl. Sonnenschmidt praktische Erört. S. 100 fg.] gegen Kinder, sowie Patrone gegen

[1] L. 14. §. 1. D. sol. matr. 24. 3.

Freigelassene. L. 16. 17. D. de re iud. 42. 1.; ob auch die Kinder gegen die Aeltern? L. 30. in f. D. l. c.? (§. 437. A. 2.); sodann b) Ehegatten gegen einander. L. 20. eod.; c) der Schwiegervater gegen den Mann, rücksichtlich der versprochenen Dos, wenn sie während der Ehe gefordert wird; L. 21. 22. pr. D. eod. L. 17. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 84. D. de iure dot. 23. 3. [Brinz 2. Aufl. §. 286. A. 36.]; endlich nach der Meinung Vieler d) auch Geschwister, arg. L. 63. pr. D. pro soc. 17. 2. „*cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*", vgl. A. 4. b.

[4] Dahin gehört die Competenzeinrede: a) des Ehemanns, seines Vaters und seiner Kinder (nicht anderer Erben) gegen die Dotalklage, nicht auch gegen die Klage auf Rückgabe einer dos receptitia, L. 21. 23. 24. §. 1. D. de re iud. L. 12. et sqq. D. solut. matr.; dabei greift jedoch zum Theil auch der vorige Gesichtspunkt (A. 3.) mit ein; b) des Schenkers gegen die Forderung aus der Schenkung, „et quidem is solus deducto aere alieno" (not. g.): cf. L. 33. D. de iure dot. 23. 3. L. 84. eod. L. 41. pr. D. de re iud. Meyerfeld im Rh. Mus. VII. S. 111 fg. c) der Gesellschafter gegen die Klage aus dem Gesellschaftsverhältniß, §. 38. J. de act. 4. 6.; ob aber jedem socius zuständig? vgl. L. 63. pr. D. pro soc. 17. 2. (Ulp. lib. 31. ad edictum): Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sint, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt quodve dolo malo fecerint, quominus possint, condemnari oportere; cf. L. 63. §. 3. ibid.; dagegen L. 16. D. de re iud. (Ulp. lib. 63. ad edictum) „. . . qui pro socio conveniuntur: socium autem omnium bonorum accipiendum est" (Hal. *socius . . . accipiendus est*); welcher Zusatz „am wahrscheinlichsten eine bei der Zusammensetzung der Pandekten gemachte Einschaltung der Compilatoren aus einem andern dissentirenden Juristen ist. Das praktische Resultat ist, daß diese Beschränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerspruchs der beiden Stellen wegfällt". Puchta §. 245. not. p. vgl. Windscheid §. 267. [4. Aufl. A. 9.; 5. Aufl. A. 8.] Anders Vangerow a. a. O. A. 2. Nr. 7. „Bei einer societas unius rei wird das beneficium freilich auch eingeräumt, aber nur, wenn sich aus vorgängiger causae cognitio ergibt, daß hier wirklich die beiden socii in einem nahen innigen Verhältniß stehen"; arg. L. 22. §. 1. D. eod. Quod autem de sociis dictum est . . . causa cognita se facturum praetor edicit; aber: causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur. Dagegen Marezoll in Linde's Ztschr. XIV. 9. Einen neuen Vereinigungsversuch macht Reuter in derselben Ztschr. n. F. XXI. 1. — Nicht hieher gehört die funeraria actio gegen den Ehemann nach L. 27. §. 2. L. 28. D. de religiosis. 11. 7. (Vangerow A. 2. Nr. 5.), weil hier die Forderung an sich auf id quod facere potest beschränkt ist. Puchta §. 245. not. aa.

[5] Aus diesem Grunde genießen die Wohlthat der Competenz: a) Soldaten gegen alle Forderungen, L. 6. pr. L. 18. D. de re iud. 42. 1. (nicht auch sog. milites Christi und Justiniani); b) diejenigen, welche vor nicht langer Zeit aus der väterlichen Gewalt befreit sind, rücksichtlich der während derselben contrahirten Schulden, sofern sie nicht durch den Tod des Vaters ein erhebliches Vermögen erhalten haben; L. 49. D. de re iud. L. 2 . . 5. D. quod cum eo. 14. 5.; c) der Schuldner, welcher seine Güter abgetreten, nachher aber wieder Vermögen erworben hat, rücksichtlich der Forderungen aller seiner damaligen Gläubiger; §. 40. J. de act. 4. 6. L. 4. pr. D. de cess. bon. 42. 3. cf. L. 3. Cod. de bon. auct. iud. poss. 7. 72. [Dieser Fall ist jetzt beseitigt: §. 224.] Die Behauptung, daß dieses Beneficium auch später entstandenen Forderungen gegenüber wirke (vgl. Thibaut Civ. Abh. Nr. 16.), wird nicht begründet durch L. 4.

§. 1. cit. Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari, und von innern Gründen abgesehen, widerlegt durch §. 40. J. cit. „*ex integro* . . . creditores cum eo experiuntur", L. 3. Cod. cit. Ex contractu, *qui cessionem rerum antecessit*, debitorem contra iuris rationem convenies etc. Vgl. Windscheid §. 267. A. 8. [4. Aufl.; in d. 5. vgl. A. 13.]

[6] Auch durch Vertrag kann die Einrede der Competenz begründet werden. L. 49. D. de pact. 2. 14. — Ungegründet aber ist die Annahme eines sog. beneficium competentiae ex iure tertii (Thibaut Syst. 8. Aufl. §. 662.), das man z. B. zu Gunsten des zum Unterhalt des Schuldners Verpflichteten hat behaupten wollen. Puchta §. 245. a. E., Vangerow §. 174. a. E.

[[7] Ob die Rechtssätze über die Rechtswohlthat des Nothbedarfs noch in Geltung seien, ist bestritten. Windscheid 5. Aufl. §. 267. 268. stellt sie als geltendes Recht dar, und Baron 3. Aufl. §. 228 a. E. schließt aus dem Schweigen der R.C.P.O. ausdrücklich auf die Fortdauer derselben, während Dernburg Pr. Pr.R. 2. Aufl. II. §. 110. A. 5. sie durch das Schweigen der R.C.Pr.O. für beseitigt hält. Etwas Aehnliches jedoch in R.C.P.O. §. 116. (Nachzahlung der Beträge, von denen die zum Armenrecht zugelassene Partei befreit war, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhaltes dazu im Stande ist) — und eine verwandte Tendenz in §. 715. 749. ebda. (unpfändbare Gegenstände, nicht und nur beschränkt pfändbare Forderungen). Dazu Mandry Reichsges. S. 312 (2. Aufl. S. 425) fg. Dernburg a. a. O. bei A. 6. findet in §. 749. Nr. 3. geradezu einen neuen (aus dem preuß. R. stammenden) Fall der Competenz.]

## B. Von der Collision der Ausübung mehrerer Forderungen.*

### §. 226.

Die Forderungen mehrerer Gläubiger können collidiren wegen der Identität ihres Gegenstandes; alsdann hat der Schuldner den einen oder andern durch den Geldwerth der Leistung abzufinden[a]. Eine Collision in der Ausübung entsteht, wenn zugleich mehrere Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung zu erlangen suchen, während doch dieses Vermögen alle zu befriedigen nicht hinreichenden Geldeswerth hat, der Schuldner also im Zustande der Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) sich befindet. Ein solcher concursus creditorum veranlaßt ein besonderes Verfahren (Concursverfahren, Gantverfahren), um die Befriedigung der Gläubiger nach Maßgabe ihrer Ansprüche aus dem Gesammtvermögen des Schuldners, soweit möglich, ordnungsmäßig zu bewerkstelligen. Dieses Verfahren wird eröffnet oder der Concurs der Gläubiger förmlich constituirt durch ein richterliches Decret, welches entweder durch die eigene Erklärung des Schuldners (Güterabtretung §. 224), oder durch Antrag der Gläubiger wegen wahrscheinlicher Zah-

[a] L. 33. D. de legat. I. (§. 222.) cf. L. 26. D. locati. 19. 2.

lungsunfähigkeit des Schuldners hervorgerufen wird[b]. In Folge der Concurseröffnung verliert der Schuldner (Cridar) die Verfügung über seine Güter (Concursmasse); für diese wird ein Verwalter bestellt (curator bonorum, Massacurator), und ein Contradictor übernimmt es, das Interesse des Schuldners und zugleich das der Gesammtheit der Gläubiger gegen die Ansprüche der Einzelnen zu vertreten. Die Gläubiger aber können nunmehr aus dem fraglichen Vermögen nur vermöge rechtzeitiger Theilnahme an diesem Verfahren Bezahlung erlangen[c], obwohl ihre Forderungen gegen den Schuldner, soweit dies nicht der Fall ist, bestehen bleiben[d]. Doch kann aus besonderen Gründen wohl ein gewisser Bestandtheil des Vermögens zunächst zur Befriedigung gewisser Gläubiger [sog. Separatisten *ex iure crediti* z. B. §. 247. not. r. §. 524.] ausgeschieden und ein besonderer Concurs darüber eröffnet werden[e]. Das Ziel des ganzen Verfahrens ist: einerseits sämmtliche dem Gemeinschuldner gehörende Vermögensgegenstände (die Activa) zu ermitteln und durch Veräußerung den Gesammt-Geldeswerth derselben zu gewinnen: andrerseits alle in Betracht kommenden Ansprüche gegen jenen (die Passiva) nach ihrem Geldwerthe klar zu stellen und alsdann nach Verhältniß des Betrages und nach der ihnen zukommenden Rangordnung zu befriedigen.

[* Die §§. 226..228. enthalten die Darstellung des bisherigen gemeinen Rechtes, §. 228[a]. die wichtigsten durch das neue Reichsrecht in dieser Lehre bewirkten Veränderungen.]

Anm. [Vgl. Dernburg Preuß. Priv.R. 2. Aufl. II. §. 111..132. Birkmeyer Vermögen S. 43 fg.] Das heutige Concursverfahren weicht vom römischen in vielen Punkten ab. Das Nähere darüber gehört der Proceßlehre an. Vgl. Bayer Theorie des Concursprocesses nach gem. R., 4. Aufl. München 1850. [2. Abdruck, 1868. — C. Fuchs, der deutsche Concursproceß. 1877. Schultze d. deutsche Concursrecht in seinen jurist. Grundlagen. 1880. (drbr. Schrutka in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 346 fg.) Fitting das Reichsconcursrecht und Concursverfahren. 1881. (und zu den beiden letztgenannten Werken: v. Canstein Construction der Concursrechtsverhältnisse, in d. Wiener Zeitschr. IX. 8. S. 461 fg.) Sarwey die Conc.O. für das deutsche Reich v. 10. Febr. 1877. 2. Aufl. 1882.]

## §. 227.

Von dem Gesammtbetrage des schuldnerischen Vermögens, [zu welchem fremde, nur factisch mit demselben vereinigte Vermögensbestandtheile, deren Aussonderung von den Berechtigten (Vindicanten,

[b] Dig. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis. 42. 5. de curatore bonis dando. 42. 7. Cod. de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus (bonorum). 7. 72. [c] L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. [d] L. 3. Cod. l. c. 7. 72. (§. 224.). [e] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. l. c.

Separatisten *ex iure dominii*) verlangt werden kann, nicht gehören,] wird zunächst vorweg genommen, was erforderlich ist, um die durch die Verwaltung desselben und durch das Gantverfahren begründeten Ansprüche zu befriedigen, als welche die Concursmasse selbst mindern, die Forderungen nämlich der sog. Massagläubiger, und die Gerichts- und Verwaltungskosten[a]. Was übrig bleibt, bildet den Gegenstand, der zur Befriedigung der concurrirenden Gläubiger dient. Regel ist, daß diese einander gleichstehen, ohne Rücksicht auf die Entstehungszeit ihrer Forderungen; sie haben also gleichmäßigen Anspruch auf Befriedigung nach Verhältniß des Betrages der Forderungen, soweit das Vermögen ausreicht[b]. Jedoch müssen Strafforderungen[1] den übrigen nachstehen[c]. Sodann ist manchen Forderungen ein besonderes Vorzugsrecht vor andern eingeräumt, kraft dessen sie vor diesen auf Befriedigung Anspruch haben[d] (*privilegium exigendi*)[2], welches entweder nur zu Gunsten der Person des Gläubigers besteht (privilegium personae)[3], oder mit der Forderung an sich verbunden ist (privilegium causae)[4]. Unter diesen bevorzugten Forderungen ist einigen[5] wieder der Vorzug vor andern beigelegt[e]; außerdem tritt unter ihnen ebenfalls die Regel der Gleichheit ein[f]. Diejenigen aber, welchen ein Pfandrecht an Vermögensgegenständen des Schuldners zusteht, können nach römischem Recht dieses geltend machen, ohne an dem Concurs theilzunehmen[g]; nach heutiger Praxis sind auch sie gleich andern (den sog. chirographarischen) Gläubigern genöthigt, sich in den Concurs einzulassen, können aber dann vor den letzten nach der Rangordnung ihres Pfandrechts aus dem Geldwerthe der Pfandgegenstände Bezahlung verlangen. Nur einigen bevorzugten Forderungen, welche deshalb absolut privilegirte heißen, ist selbst vor ihnen der Vorzug gegeben[6]. So ergeben sich denn fünf verschiedene Classen von Gläubigern, welche beim Concurse vorkommen können: 1) absolut privilegirte Gläubiger, 2) privilegirte, und 3) nicht privilegirte Pfandgläubiger, 4) privilegirte, und 5) nicht privilegirte chirographarische Gläubiger. Zu den (privilegirten oder nicht privilegirten) chirographarischen Gläubigern gehören auch die Pfandgläubiger, sofern sie zugleich eine persönliche Forderung gegen den Cridar haben und nicht in der zweiten oder dritten Classe befriedigt worden sind.

[a] L. 8. D. depos. 16. 3. L. 72. D. ad leg. Falc. 35. 2. [b] L. 6. §. 1. (L. 6.) Cod. h. t. cf. L. 32. D. h. t. 42. 5. [c] L. 17. 37. D. de iure fisci. 49. 14. L. un. Cod. poenis fiscalibus creditores praeferri. 10. 7. cf. L. 48. §. 1. D. l. c. [d] L. 16. et sqq. D. h. t. 42. 5. (in edit. Vulg. et Hal. „*Tit. VI. de privilegiis creditorum.*“). [e] L. 34. D. h. t. L. 45. D. de relig. 11. 7. [f] L. 32. D. h. t. [g] L. 6. 10. pr. Cod. h. t. cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. Cod. qui pot. 8. 17 (18).

Anm. [1] Diese Regel spricht L. un. cit. (not. c.) aus: „Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur", und macht sofort die Anwendung auf fiscalische Strafen: Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est (vgl. A. 3.), ita in triplo, quod poenae nomine adiectum est, propria forma servanda est; übereinstimmend mit L. 17. cit. In summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi. Zu widersprechen scheint L. 37. cit. (Papinian): Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune privatorum fiscus amittat. „Sie könnte so verstanden werden: er wird in Beziehung auf die Strafe wie ein Privatus behandelt, er steht nicht schlechter, als . . der Privatus, welcher ebenfalls eine Strafforderung hat." Puchta Vorles. II. §. 248 a. E. Dagegen jedoch Windscheid §. 270. A. 5. Vangerow §. 594. A. I. 1. — Nicht anwendbar ist die Regel auf Conventionalstrafen (§. 211.). — Nicht hieher gehört der Satz, daß Ansprüche aus Verleihungen auf den Todesfall den übrigen nachstehen; jene sind unwirksam, sofern nicht der Verstorbene nach Abzug der Schulden noch hinreichendes Vermögen hinterlassen hat. L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 17. D. de m. c. donat. 39. 6. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 21 fg. (civ. Schr. II. S. 22 fg.)

[2] Asher disquisit. de font. iur. rom. histor. (Heidelb. 1855) pag. 17 sq. sucht zu beweisen, daß privilegium exigendi ein privilegirtes Pfandrecht bezeichne, das privilegium in concursu cred. sonst nur privilegium in bonis heiße. Dagegen Windscheid §. 270. A. 4.

[3] Ein privilegium personae (vgl. §. 23. A. 4.) hat: a) der Fiscus. L. 34. D. h. t. 42. 5. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14. cf. Paul. sent. V. 12. §. 10. (A. 1.) b) der Regent und dessen Gemahlin. L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14. c) Städte. L. 38. §. 1. D. h. t. 42. 5. cf. L. 10. D. ad munic. 50. 1., und nach der Meinung Vieler d) Kirchen, was aber durch kein Gesetz, namentlich nicht durch L. 23. Cod. de ss. eccles. 1. 2., begründet ist; e) die Ehefrau oder Braut wegen ihrer Dotalforderung. L. un. Cod. de privilegio dot. 7. 74. L. 17. §. 1. L. 19. pr. D. h. t. 42. 5. f) Bevormundete wegen der Vormundschaftsforderungen gegen Vormünder oder Protutoren, auch gegen Geschäftsführer. L. 19. §. 1 . . L. 23. D. h. t. L. 42. 44. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7.

[4] Ein privilegium causae besteht für folgende Forderungen: a) wegen der Kosten der Beerdigung, sei es des Schuldners oder eines Andern, dessen Beerdigung jenem oblag, L. 17. pr. D. h. t. 42. 5. L. 45. D. de religios. 11. 7., desgleichen, nach der Praxis, b) wegen der Kosten der Krankheit, an welcher der Schuldner gestorben ist, und c) des Gesindelohns; d) aus einem Gelddarlehen, welches zum Wiederaufbau eines Gebäudes gegeben und verwendet worden ist, L. 24. §. 1. D. h. t. L. 25. D. de reb. cred. 12. 1., sowie e) wegen verhältnißmäßigen Ersatzes der Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Gebäudes, L. 52. §. 10. D. pro soc. 17. 2. (§. 133. not. g.); f) für die Forderung, welche zum Zweck der Anschaffung, Erbauung oder Ausrüstung eines Schiffes contrahirt oder durch den Verkauf eines solchen erworben ist, L. 26. 34. D. h. t.; g) für die Forderung auf Rückgabe des bei einem Banquier (Argentarius) unverzinslich niedergelegten Geldes, L. 24. §. 2. D. h. t. cf. L. 7. §. 2. D. depos. 16. 3., nach der Praxis aber h) wohl auch überhaupt für actio depositi directa. — Wer das Geld hergegeben hat zur Befriedigung eines privilegirten Gläubigers, tritt

rücksichtlich seiner desfallsigen Forderung in das Vorzugsrecht des abgefundenen Gläubigers ein. L. 24. §. 3. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3.

5 Nach römischem Recht haben die erste Stelle die Begräbnißkosten (A. 4. a.), sodann die Forderungen in A. 4. g., wenn Rückgabe derselben Geldstücke verabredet war, daneben 3. a. b. und nach der gewöhnlichen Meinung e., dann hiernach 4. f. (dagegen Puchta §. 248. not. v.), endlich nach allen andern 4. g., wenn das Depositum ein sog. depositum irregulare war. Vgl. Puchta Vorles. II. §. 248. Nr. 3. b. Seuffert §. 254. Windscheid §. 271. A. 17 fg. erkennt im R. R. mit Ausnahme der allen anderen vorgehenden Privilegien der Leichenkosten, der fiscalischen Forderungen und der Forderung gegen den Banquier, „soweit das deponirte Geld noch vorhanden ist", unter den Concursprivilegien keine Rangordnung an, und läßt das privilegium dotis nur jüngeren Privilegien vorgehen. [Vgl. noch Fuchs im civ. Arch. LXII. 4. S. 183 fg.] — Anders zum Theil nach heutigem Rechte; denn

6 Absolut privilegirte Forderungen sind: vor allen die wegen der Begräbnißkosten, sodann als gleichberechtigte die wegen der Krankheitskosten (4. b.), des Gesindelohns (4. c.) und rückständiger öffentlicher Abgaben. Vgl. Mühlenbruch I. §. 173. Sintenis §. 94. bei A. 25 fg. Vangerow §. 594.

7 Was den Sprachgebrauch betrifft, so ist schon dem R. R. der Ausdruck *chirographarii creditores* (oder *debitores*) geläufig: L. 4. Cod. h. t. 7. 72. L. 10. Cod. qui pot. 8. 17 (18). L. 7. Cod. de novat. 8. 41 (42). L. 38. §. 1. D. h. t. Pauli sent. V. 26. §. 4. Die privilegirten heißen privilegiarii creditores. L. 24. §. 3. D. h. t. 42. 5.

## §. 228.

So lange der Concurs noch nicht eröffnet ist, behält der Schuldner die Verfügung über sein Vermögen und kann der einzelne Gläubiger für sich rechtmäßig Zahlung seiner Forderung erwirken, mag auch der Schuldner in der That schon zahlungsunfähig sein[a]. Allein, wenn dieser in der unredlichen Absicht, seine Gläubiger oder auch nur einen von ihnen zu verkürzen, sein Vermögen irgendwie vermindert hat, so können die dadurch wirklich benachtheiligten Gläubiger gegen denjenigen, welcher, jener Absicht kundig, dadurch etwas aus dem Vermögen des Schuldners erhalten hat, die Veräußerung als widerrechtlich *(alienatio in fraudem creditorum facta)* anfechten[b] und denselben auf vollständige Rückerstattung des Empfangenen nebst Zubehör, soweit sie zu ihrer Befriedigung erforderlich ist[c], belangen[1], ohne daß dieser dagegen Rückerstattung des Gegenstandes seiner Gegenleistung, sofern er nicht noch in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist, fordern könnte[d], jedoch nach Ablauf eines Jahres (annus utilis) seit dem Vermögensverkauf[2] nur mehr, soweit der Beklagte bereichert ist[e], und nur

a L. 6. §. 7. D. quae in fraud. cred. 42. 8. b Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur. 42. 8. Cod. de revocandis his, quae per (in) fraudem (creditorum) alienata sunt. 7. 75. c L. 1. pr. L. 6. §. 8. L. 9. 10. §. 2..5. L. 25. §. 1. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de iure fisci. 49. 14. d L. 7. 8. D. h. t. e L. 6. §. 14. L. 10. §. 18. 24. D. h. t.

mit gleicher Beschränkung auch die Erben des Empfängers[f]; Unmündige aber und diejenigen, welche unentgeltlich etwas erhalten haben, können, wenngleich sie der betrügerischen Absicht des Veräußernden unkundig waren, doch auf Erstattung, soweit sie bereichert sind, belangt werden[g]. Aus gleichem Grunde kann nun auch der Gläubiger, welcher wissentlich zum Nachtheil der übrigen Gläubiger Bezahlung seiner Forderung vom Schuldner erhalten hat, zur Rückerstattung angehalten werden, nicht bloß, wenn dies erst nach Eröffnung des Concurses geschehen ist[h], sondern auch, wenn und soweit jener schon vorher durch vorzeitige Zahlung mehr, als er fordern konnte[i] (*commodum repraesentationis*, §. 220), oder wenn er etwas anderes, als er zu fordern hatte[k], nicht auch, wenn er, obwohl aus Begünstigung des Schuldners und dieses wissend, nur Bezahlung seiner Schuldforderung[l] erlangt hat[3]. Uebrigens findet obige Klage auch gegen den gleichfalls unredlichen Singularsuccessor des ersten Erwerbers statt[4], und kann auch der betrügerische Schuldner selbst von den Gläubigern belangt werden[m]. Hat der Schuldner in derselben unredlichen Absicht mit Wissen des Andern noch erst Verpflichtungen contrahirt, so wird daraus keine Klage gegeben[n].*

Anm. 1 Die Klage, welche zu diesem Zwecke gegeben ist, hat man bisher nach L. 38. §. 4. D. de usur. 22. 1. regelmäßig *Pauliana* actio genannt und diese als eine persönliche in factum actio aufgefaßt, neben welcher jedoch noch ein nur formell unterschiedenes *interdictum fraudatorium* im R. R. bestanden habe und außerdem nach §. 6. J. de act. 4. 6. auch eine *rescissoria* in rem actio bezüglich veräußerter Sachen vorgekommen sei, welche Theophilus ad §. 6. cit. ebenfalls Pauliana actio nennt. Dagegen hat Huschke in Linde's Ztschr. n. F. XIV. 1. ausgeführt, daß im R. R. zu dem fraglichen Zwecke drei in mehrfacher Beziehung verschiedene Rechtsmittel gegeben seien, nämlich a) die (ältere) Pauliana actio (L. 1. pr. D. h. t. §. 6. J. cit.), wegen betrüglicher Veräußerungen, eine universalis (fictitia) in rem actio, vor wie nach dem Vermögensverkauf anwendbar, vermöge welcher die Veräußerung als nicht geschehen und das Veräußerte als in dem Vermögen des Schuldners (in bonis fraudatoris) geblieben behandelt werde, b) das interdictum fraudatorium, wegen aller vom Schuldner mit Wissen eines Andern vorgenommenen Vermögensminderungen, nur vor dem Vermögensverkauf anwendbar, zu dem Zweck, ohne Aufenthalt das Veräußerte wieder herbeizuschaffen und noch mit zum Verkauf zu bringen, und zu dessen Ergänzung c) eine personalis in factum actio arbitraria, welche erst nach dem Vermögensverkauf, übrigens in demselben Umfange, wie das Interdict, zudem aber auch nach Umständen gegen dritte nicht mitwissende Contrahenten und gegen den Fraudator selbst stattgefunden habe. Indessen steht der angegebene dingliche Charakter der ersten Klage in jener Aus-

[f] L. 10. §. ult. L. 11. D. h. t. (§. 104. A. 2.). [g] L. 6. §. 10. 11. L. 25. pr. D. h. t. L. 5. Cod. h. t. [h] L. 6. §. 7. L. 10. §. 16. D. h. t. [i] L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. h. t. [k] arg. L. ult. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. cf. L. 6. §. 6. in f. L. 10. §. 13. L. 22. D. h. t. [l] L. 6. §. 6. 7. D. h. t. cf. L. 129. pr. D. de R. J. [m] L. 1. pr. in f. L. 25. §. 7. D. h. t. cf. L. 10. §. 24. eod. [n] L. 25. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

dehnung nicht fest und ist wenigstens im Justinianischen Recht nicht zu erkennen, in welchem dieselbe vielmehr regelmäßig als eine persönliche Delictsklage erscheint; auch sind die von Huschke hervorgehobenen materiellen Unterschiede der drei Klagen noch erheblichen Zweifeln unterworfen, und die formelle Verschiedenheit ist jedenfalls im heutigen Recht weggefallen, weshalb den Resultaten jener Untersuchung wesentlich nur eine rechtshistorische Bedeutung zukommt. Vgl. Brinz Pand. 1. Aufl. §. 123. [2. Aufl. §. 345.] Keller Pand. §. 370. Vgl. weiter über das Geschichtliche: Rudorff über die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdikt, in der Ztschr. für Rechtsgesch. VIII. S. 62..99. und dagegen Huschke das. IX. S. 329..366. [vgl. auch Lenel das ed. perp. S. 351 fg., 398 fg.]; über das heutige Recht: Gimmerthal über die heut. Anwendbarkeit der Pauliana actio, im prakt. Arch. n. F. III. S. 225 fg. Fitting: Ist die actio Pauliana durch vorausgehende Concurseröffnung bedingt? im civ. Arch. XLIX. 13., [vgl. Sonnenschmidt prakt. Erört. Nr. 1.] und überhaupt Windscheid II. §. 463. Vangerow §. 697. Holzschuher (3. Aufl.) III. S. 1159 fg. Anstatt des fraudatorischen Interdicts ist in der heutigen Praxis ein summarisches Verfahren üblich geworden, um betrüglich Veräußertes provisorisch auf bloße Bescheinigung zu der Concursmasse einzuziehen.

[2] Huschke [XIV. S. 64 fg.] läßt diesen Anfangspunkt des annus utilis nach L. 10. §. 18. D. h. t. („ex die venditionis bonorum") nur für die in factum actio (A. 1. c.) gelten, während für die Pauliana actio und das interdictum fraudatorium (A. 1. a. b.) das Jahr von der Zeit der widerrechtlichen Veräußerung an zu rechnen sei (L. 6. §. 14. D. h. t. „ex die factae venditionis", cf. L. 1. pr. L. 10. pr. eod.). Dagegen Brinz [1. Aufl.] S. 533. Windscheid §. 463. A. 21.

[3] Ueber diesen Punkt bestehen sehr verschiedene Meinungen: a) Alle aus bloßer Begünstigung eines Gläubigers (per gratificationem) von dem zahlungsunfähigen Schuldner vor der Concurseröffnung geleisteten Zahlungen sollen anfechtbar sein. Diese früher sehr gewöhnliche sog. Gratificationstheorie ist nach not. l. entschieden falsch, [wie] Francke im civ. Arch. XVI. 5. 10. [dargethan hat; gleichwohl wird sie] b) [mit Einschränkung auf die Fälle, wo] der befriedigte Gläubiger conscientiam fraudis hatte, [wieder vertheidigt von] Laspeyres im civ. Arch. XXI. 2., arg. L. 6. §. 1. 2. D. 42. 5. L. 24. 25. §. 1. D. h. t. L. 96. pr. D. de solut. 46. 3.; c) [Selbst Francke S. 269. nimmt an, daß] die Zahlung einer naturalis obligatio der Pauliana actio unterliege, und daß d) vorzeitige Zahlung einer Schuld, deren Zahlungszeit erst nach der Concurszeit eingetreten wäre, nicht bloß quoad commodum repraesentationis, sondern ihrem ganzen Betrage nach, nur mit Abzug dessen, was der Gläubiger auch im Concurs erlangt haben würde, anfechtbar sei: Francke S. 266 fg. Laspeyres S. 75 fg. Petzoldt in d. (sächs.) Ztschr. für Rechtspflege. N. F. XIX. S. 481 fg. e) Andrerseits soll nach Puchta §. 380. not. c. und Vorl. II. §. 380. Nr. 3. c. Brinz S. 531. selbst datio in solutum unanfechtbar sein. — Bestellung eines Pfandes kann unzweifelhaft die Klage begründen (not. k.) Vgl. überhaupt Vangerow a. a. O. Sintenis II. §. 124. II. 6. Windscheid a. a. O., A. 30 fg. [Brinz 2. Aufl. II. S. 826. und A. 5.]

[4] L. 9. D. h. t. Is, qui a debitore, cuius bona possessa sunt, sciens rem emit, iterum alii bona fide ementi vendidit: quaesitum est, an secundus emtor conveniri potest? Sed verior est Sabini sententia, bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit; quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit; is autem qui dolo

malo emit, bona fide autem ementi vendidit, in solidum pretium rei, quod accepit, tenebitur. Das argumentum a contrario aus dieser Stelle zum Nachtheil des unredlichen dritten Erwerbers verwirft als unzulässig Huschke S. 58. und mit ihm Windscheid A. 23., mit uns für schlüssig hält es Brinz S. 531. Sintenis a. a. O. A. 34. [Sonnenschmidt a. a. O. Nr. 2. S. 16 fg. Francke im civ. Arch. LXII. 14. bes. S. 477 fg.]

* Neuere Literatur zu diesem §.: [B. Rett d. a. Paul. u. d. interd. fraud. 1861. Friedländer de act. Paul. 1868.] Reinhart die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. 1871 (vrbr. Czyhlarz u. Brinz in d. krit. Vjschr. XV. S. 83 fg.). Zürcher d. actio Pauliana nach gem. Recht u. d. neueren Codificationen. 1872. O. Schönemann d. Paulianische Kl. gegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner. 1873. Hasenbalg z. L. v. d. Paulianischen Klage, insbesondere: unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden? 1874. (vrbr. Eck in d. Jen. Litztg. 1874. N. 38). A. Maierini della revoca degli atti fraudulenti fatti in preiudicio dei creditori. Firenze 1874. [Mankiewicz z. L. v. d. act. Paul. 1874.] O. Fischer Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung. 1875. Struckmann über d. Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der actio Pauliana, in den dogm. Jahrb. XII. S. 277..312. [v. Schey zur Gesch. der act. Paul. und des int. fraud. in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 120 fg. West welchem örtlichen Recht sind Veräußerungen zur Benachtheiligung der Gläubiger unterworfen? Civ. Arch. LX. 8. Kohler Natur der Paulianischen Klage, in Ges. Abh. Nr. 9. S. 317..338.]

## [§. 228ᵃ.

Auch die R.Conc.O. [1] vom 10. Febr. 1877 hält daran fest, daß die Eröffnung des Concurses nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers[a] erfolge, in welch' letzterem Falle jedoch der Schuldner selbst, eventuell, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger desselben zu hören ist[b]. Der Eröffnungsantrag kann abgewiesen werden, wenn nach dem Ermessen des Gerichtes eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Concursmasse nicht vorhanden ist[c], und er kann nur dann zu einem Eröffnungsbeschluß führen, wenn es an einem Concursgrund nicht fehlt; letzterer liegt regelmäßig in der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, die insbesondere anzunehmen ist, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist[d]. Der Eröffnungsbeschluß hat die Stunde der Eröffnung anzugeben; ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen ist[e]. Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Concursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu ver-

[[a] R.C.O. §. 95. cf. §. 194 fg. 199. 205. [b] Das. §. 97. [c] Das. §. 99. [d] Das. §. 94. cf. §. 203. [e] Das. §. 100.

fügen[f]; er bleibt zwar Subject seines Vermögens, aber dasselbe ist nun für die Gesammtheit der Concursgläubiger in Beschlag genommen[2], und werden deren Interessen durch den jetzt weit selbständiger gestellten Concursverwalter, den Gläubigerausschuß und die Generalversammlung der Gläubiger gewahrt[3]. Zur Anmeldung der Concursforderungen wird zwar eine Frist bestimmt[g], der Grundsatz aber, daß die Gläubiger aus der Concursmasse nur vermöge rechtzeitiger Anmeldung Befriedigung erlangen können, ist aufgegeben; es werden vielmehr auch später angemeldete Forderungen geprüft[h] und die Concursgläubiger überhaupt erst durch die thatsächliche Vertheilung der Concursmasse präcludirt[i]. Die Concursmasse umfaßt das „gesammte (einer Zwangsvollstreckung unterliegende), im Momente der Concurseröffnung begründete Vermögen" des Gemeinschuldners[4]. Dasselbe soll — dieser oberste Grundsatz ist unverändert geblieben — zur Befriedigung der Concursgläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen verwendet werden[k]; nicht Alle aber, die vom Gemeinschuldner im Wege Rechtens etwas anzusprechen haben, sind Concursgläubiger, und nicht für Alle, die dieses sind, ist die Concursmasse nach Verhältniß ihrer Forderungen Befriedigungsobject. Vielmehr unterscheidet die R.C.O. neben den Concursgläubigern: Aussonderungsberechtigte, Absonderungsberechtigte und Massegläubiger, schafft unter den Concursgläubigern selbst eine Rangordnung, so daß eine Anzahl von Concursforderungen — allerdings eine geringere als nach bisherigem Rechte — noch immer ein Vorbefriedigungsrecht (priv. exigendi) vor den übrigen hat, und schließt endlich gewisse Forderungen positiv von der Befriedigung im Concursverfahren aus.

Die Masse wird hienach gemindert:

1) durch „die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Concursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes"[l] (die Ansprüche der bisher sog. Vindicanten). Sie „bestimmen sich nach den außerhalb des Concursverfahrens geltenden Gesetzen", können also, soweit es sich um Herausgabe der Sache und ihrer in Natur vorhandenen Erträgnisse handelt[5], ohne Rücksicht auf Formen und Fristen des Concursrechtes gegen den Concursverwalter geltend gemacht werden;

2) durch die Ansprüche der Absonderungsberechtigten[m]; sie entsprechen der Hauptsache nach den Separatisten ex iure crediti des bis-

[f] Das. §. 5. [g] Das. §. 126. [h] Das. §. 130. cf. §. 140. [i] Das. §. 143. [k] Das. §. 54. in pr. u. Nr. 6. [l] Das. §. 35 fg. [m] Das. §. 39 fg.

herigen Rechtes; nur sind die hieher gehörigen Fälle größtentheils neue[o], insbesondere sind die Pfandgläubiger, soweit sie sich an ihr Pfand halten, in diese Gruppe gereiht, und während zu Gunsten der Separatisten des früheren Rechtes ein Particularconcurs eröffnet wurde, nehmen die Absonderungsberechtigten am Concursverfahren überhaupt nicht Theil, sondern machen ihr Recht gegen den Verwalter so geltend, als wäre der Concurs nicht eröffnet; endlich

3) sind auch die Ansprüche der Massegläubiger aus der Concursmasse „vorweg zu berichtigen"[n]. Dahin gehören die Massekosten (nämlich „die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren; die Ausgaben für die Verwaltung, Verwerthung und Vertheilung der Masse; die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung"[o]) und die Masseschulden (nämlich: „die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Concursverwalters entstehen; die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Concursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß; die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse"[p].) Reicht die Masse nicht aus zur vollen Befriedigung der Massegläubiger, so sind „zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baaren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen"[q].

Die nach Nr. 1. 2. 3. verminderte Masse ist jene (Netto-) Concursmasse, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Concursgläubiger zu dienen bestimmt ist, d. h. „aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben"[r]. Ist die Concursforderung nicht auf einen Geldbetrag gerichtet oder letzterer unbestimmt, ungewiß oder nicht in Reichswährung festgesetzt, so ist sie nach ihrem Schätzungswerth in Reichswährung geltend zu machen[s]. Handelt es sich um Forderungen gegen Gesammtschuldner, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung gegen die Concursmasse jedes der Gesammtschuldner den vollen Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte[7].

Von den Concursforderungen genießen ein Vorbefriedigungsrecht (priv. causae) in nachstehender Rangordnung — bei gleichem Rang nach Verhältniß ihrer Beträge — die folgenden[t]:

[n] Das. §. 50. [o] Das. §. 51. [p] Das. §. 52. [q] Das. §. 53. [r] Das. §. 2. [s] Das. §. 62.
[t] Das. §. 54. cf. §. 55.

a) der für das letzte Jahr vor Eröffnung des Verfahrens (bezw. dem Tode des Gemeinschuldners) rückständige Gesindelohn[7a], welch' letzterer Begriff übrigens in sehr weiter Bedeutung zu verstehen ist;

b) die Forderungen wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre fällig geworden sind, oder mit Eröffnung des Verfahrens als betagte fällig werden;

c) die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen zur Annahme der Versicherungen verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen gesetzlich oder verfassungsmäßig zu entrichtenden Abgaben und Leistungen;

d) die Forderungen wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre bis zum Belaufe der Taxe; endlich

e) die Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich seiner Verwaltung unterworfenen Vermögens. Dieses Vorrecht jedoch erlischt, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Verwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist.

Alle übrigen Concursforderungen werden nach Verhältniß ihrer Beträge berichtigt; doch sind von der Geltendmachung im Concursverfahren ganz ausgeschlossen die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen, die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen, Geldstrafen (jedoch nicht Conventionalstrafen) und Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen[u].

Das Anfechtungsrecht der Concursgläubiger bezüglich der sie benachtheiligenden vor der Concurseröffnung stattgehabten Handlungen des Gemeinschuldners ist durch die R.C.O. erweitert[7b], insbesondere indem sie gewisse Rechtshandlungen schon darum als anfechtbar bezeichnet, weil die Verfügung, welche eine Uebertragung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zur Folge hatte, eine unentgeltliche war, und indem sie in anderen Fällen theils den erforderten Dolus geradezu präsumirt theils dessen Begriff bedeutend erweitert. Es ist nämlich bestimmt:

1) Die in dem letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen[8] Verfügungen können gegen den Erwerber, soweit er bereichert ist, angefochten werden, ohne daß Dolus des Schuldners oder des Erwerbers vorausgesetzt wäre. Zu Gunsten des Ehegatten vorgenommene unentgeltliche Verfügungen

u Das. §. 56.

unterliegen der Anfechtung der Regel nach schon dann, wenn sie in den letzten zwei Jahren vor der Concurseröffnung vorgenommen wurden[v].

2) Der Dolus des Erwerbers braucht nicht bewiesen zu werden bei entgeltlichen Verträgen, welche der Schuldner im letzten Jahre vor der Concurseröffnung mit seinem Ehegatten oder gewissen nahen Verwandten oder Verschwägerten desselben abgeschlossen hat, sofern dadurch die Gläubiger benachtheiligt wurden, doch vorbehältlich des Gegenbeweises, daß dem Erwerber der animus fraudandi des Gemeinschuldners nicht bekannt war[w] — und bei Rechtshandlungen, welche der Schuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag vorgenommen hat, wenn dem Erwerber die Zahlungseinstellung (bez. der Eröffnungsantrag) bekannt war[x].

3) Anfechtbar sind „die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten (diesen Thatsachen vorausgehenden) zehn Tagen . . erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Concursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war[y]."

Zugleich ist entschieden, daß das Anfechtungsrecht nur von dem Concursverwalter ausgeübt werden kann[z], daß dasselbe in einem Jahr seit der Eröffnung des Verfahrens verjährt[aa], daß die gegen den Erblasser begründete Anfechtung auch gegen den Erben, und daß sie auch gegen den dolosen Singularsuccessor stattfindet[bb].

Endlich hat das Gesetz v. 21. Juli 1879[9] die streitig gewesene Frage, ob auch außerhalb des Concurses ein Anfechtungsrecht der durch Rechtshandlungen ihres Schuldners verkürzten Gläubiger bestehe, in bejahendem Sinne entschieden. „Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, und dessen Forderung fällig ist[10], befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, daß sie zu einer solchen nicht führen würde"[cc]. Als anfechtbar sind der Hauptsache nach dieselben, vorhandene Gläubiger durch Verminderung der Executionsobjecte schädigenden Rechtshandlungen bezeichnet, die auch im Concurs-

[v] Das. §. 25. 30. i. f. [w] Das. §. 24. Nr. 2. [x] Das. §. 23. Nr. 1. [y] Das. §. 23. Nr. 2.
[z] Das. §. 29. [aa] Das. §. 34. [bb] Das. §. 33. [cc] Ges. v. 1879. §. 2.

verfahren angefochten werden können[dd], und dauert das Anfechtungsrecht rücksichtlich jener Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat, zehn Jahre von dem Zeitpunkt, da das Anfechtungsrecht des Gläubigers entstanden war, bezw. von dem Zeitpunkt der Vornahme jener Handlung[ee]. Anfechtungsbeklagter ist (wie im Concursverfahren) der Regel nach, wer mit dem insolventen Schuldner die anfechtbare Rechtshandlung abschloß, oder dessen Erbe; ein Dritter nur dann, wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes die fraudulose Absicht des Schuldners bekannt war, oder, falls er zu gewissen dem Schuldner nahestehenden Personen gehört, wenn er nicht beweist, daß er zur Zeit seines Erwerbes von den die Anfechtung begründenden Umständen keine Kenntniß hatte[ff]. Der Anfechtende kann vom Beklagten[11] Rückgewähr des Empfangenen nur soweit fordern, als dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist[gg], der Beklagte sich wegen Erstattung einer Gegenleistung nur an den Schuldner halten[hh]. Wird über das Vermögen des Schuldners Concurs eröffnet, so kann der Anspruch durch den Concursverwalter und zwar auf den gesammten Betrag des Geleisteten geltend gemacht werden[ii].]

[Anm. [1] Vgl. Mandry Reichsges. S. 94 fg., 228 fg., 372 fg. (2. Aufl. S. 118 fg., 318 fg., 508 fg.) Windscheid 5. Aufl. §. 272 a., §. 463 a. Brinz 2. Aufl. II. S. 415 fg. §. 345. bes. S. 833 fg. Baron 3. Aufl. §. 232..235. Sodann neben den Commentaren über die Conc.O.: Grützmann das Anfechtungsrecht der benachtheiligten Concursgläubiger nach gem. R. und nach der R.C.O. . . (1882.) (vrbr. Schrutka in d. Wiener Ztschr. XI. S. 244. Meischeider in Rassow's Beitr. XXVII. S. 751 fg.). Korn Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Concurs. 1882. (vrbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 565 fg.). Brachmann die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners . . . 1883. Cosack das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Concurses nach deutschem Reichsrecht. 1884. Oben §. 226. Anm. Aus der Praxis: Rocholl Rechtsf. aus d. Praxis des Reichsgerichts I. 14. S. 432 fg.

[2] Daher sind Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, obwohl seine Handlungsfähigkeit an sich durch die letztere nicht beschränkt wird, den Concursgläubigern gegenüber (also relativ) nichtig. C.O. §. 6. Abs. 1. Mandry S. 96 fg. (2. Aufl. S. 120.) Dernburg Preuß. Pr.R. 2. Aufl. II. S. 271 fg. Einfluß des Concurses auf die „Erfüllung der Rechtsgeschäfte": C.O. §. 15 fg. Dernburg §. 118. 119. Zulässigkeit eines allgemeinen Veräußerungsverbotes während des vorbereitenden Verfahrens: C.O. §. 98. Abs. 1. Mandry S. 170 (2. Aufl. S. 245) fg.

[3] Vgl. bes. Dernburg §. 115.

[dd] Ebenda §. 3. [ee] Ebenda §. 12. [ff] Ebenda §. 11. [gg] Ebenda §. 7. [hh] Ebenda §. 8. [ii] Ebenda §. 13.]

4 So Brinz S. 415 fg. und A. 49. Weniger genau die C.O. §. 1: „das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört." S. aber auch Dernburg II. S. 281 fg. und §. 113. A. 1. Mandry 2. Aufl. S. 120 fg. und Note 4.

5 Geldansprüche, welche gegen den Gemeinschuldner mit der Vindication geltend gemacht werden konnten (wegen bezogener Früchte, Deteriorationen) sind einfache Concursforderungen. Dernburg S. 283. Vgl. aber auch C.O. §. 38.

6 So sind öffentliche Kassen und Verbände wegen öffentlicher Abgaben, Verpächter, Pächter, Gastwirthe, Künstler, Handwerker u. s. w. absonderungsberechtigt rücksichtlich gewisser (meist) in ihrer Innehabung befindlichen Sachen des Gemeinschuldners. Einen weiteren Fall dieser Absonderungsrechte enthält das Reichsges. über die Innungen v. 18. Juli 1880. Mandry 2. Aufl. S. 333.

7 C.O. §. 61. Dazu Ladenburg Mitschuldner in Gant, in d. Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. II. S. 233 fg.

7a Ueber „das Vorrecht des Liedlohns außerhalb des Concursverfahrens": Stegemann in Böditer's Mag. I. S. 339 fg.

7b Aehnlich jetzt auch in Oesterreich, Ges. v. 16. März 1884 (R.G.Bl. Nr. 36). I. Abschnitt. Dazu Steinbach Commentar zu den Gesetzen v. 16. März 1884 . . . Wien 1884.

8 Eine Ausnahme bilden gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke.

9 Diesem Vorbilde ist gefolgt das in A. 7b. cit. österreich. Gesetz, im II. Abschn. — Dernburg II. §. 132. V. Otto die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Concurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt (1881). (vrbr. Meischeider in Rassow's Beitr. XXVI. S. 156 fg.). V. Hartmann Gesetz betr. die Anfecht. v. Rechtshandl. eines Schuldners außerh. d. Concursverf. 2. Aufl. 1881. Jäckel die Anfechtung von Rechtshdlgen zahlungsunf. Schuldner außerhalb des Conc. auf Grund des Reichsges. v. 21. Juli 1879 . . . (1881). (vrbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 565 fg. Meischeider in Rassow's Beitr. XXVI. S. 466 fg.) Vgl. auch Anm. 1.

10 Anfechtung im Wege der Einrede kann stattfinden, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt ist. §. 5. d. Ges. — Möglichkeit, durch Zustellung eines die Absicht der Anfechtung ausdrückenden Schriftsatzes die Frist (§. 3. Nr. 2 . . 4.) für den Gläubiger zu erstrecken, der noch keinen vollstreckbaren Schuldtitel hat, oder dessen Forderung nicht fällig ist: §. 4. d. Ges.

11 Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist. §. 7. Abs. 2. d. Ges.]

## III. Entstehung der Obligationen.

### §. 229.

Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen sind 1) Rechtsgeschäfte (§. 58. 63.), und zwar vorzüglich a) Rechtsgeschäfte, welche nach dem vereinigten Willen beider Theile, des zu Berechtigenden wie des zu Verpflichtenden, auf Begründung einer Obligatio absichtlich gerichtet sind, d. i. Verträge, obligatorische oder Schuldverträge (§. 63); b) einseitige auf Uebernahme einer Verbindlichkeit absichtlich gerichtete

Willenserklärung von Seiten des sich Verpflichtenden, Pollicitatio, die nur ausnahmsweise eine Obligatio wirklich erzeugt; c) Handlungen, welche, eine rechtliche Wirkung zwar bezweckend (§. 63), doch nicht wesentlich auf Erzeugung einer Obligatio gerichtet sind, gleichwohl aber eine solche hervorbringen, die man denn Quasicontractus nennen kann; 2) unerlaubte Handlungen (§. 84); 3) Zustände, zufällige Umstände, aus welchen nach rechtlicher Vorschrift eine Obligatio entspringt, ohne daß eine Handlung von der einen oder andern Seite vorauszusetzen ist. Bei diesen Entstehungsgründen der Obligationen kommt dann noch in Frage, inwiefern deren Wirkung noch auf andere Subjecte sich erstrecke, als diejenigen, für deren Person der obligatorische Grund eingetreten ist.

Anm. Ueber die römischen Eintheilungen vgl.: a) Gai. III. 88. Omnis . . . obligatio vel ex *contractu* nascitur vel ex *delicto*. b) L. 1. D. de O. et A. 44. 7. (Gai. lib. 2. aureor.): Obligationes aut ex *contractu* nascuntur, aut ex *maleficio*, aut proprio quodam iure ex *variis causarum figuris*. c) §. 2. J. de obl. 3. 13. Sequens divisio (obligationum) in *quatuor* species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Cf. J. 3. 27. *de obligationibus quasi ex contractu*. J. 4. 5. *de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur*. L. 5. D. l. c. 44. 7. (Gai. lib. 3. aureor.) — „Eine sehr tumultuarische Classification gibt Modestin" in L. 52. pr. eod.: Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. Puchta §. 249. not. d. vgl. Sintenis §. 95. Ueber die ganze Lehre s. Savigny Obl. II. §. 51 u. 85. [Baron §. 209. 210. (dazu Hofmann in d. Wiener Ztschft. I. S. 462 fg.) Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 10. Brinz 2. Aufl. §. 247. Hofmann Entstehungsgründe d. Obl. 1874.]

## A. Rechtsgeschäfte.

### §. 230.

In Ansehung der Rechtsgeschäfte als Entstehungsgrund von Obligationen kommen die allgemeinen Grundsätze über dieselben, sowie über Handlungen überhaupt, zur Anwendung (§. 59 . . 79). Hiernach können denn insbesondere Rechtsgeschäfte, namentlich Verträge, solcher Personen, denen die dazu erforderliche Handlungsfähigkeit fehlt, nicht Entstehungsgrund einer wirksamen Verpflichtung für diese Personen sein[a]. Indessen kann daraus wohl mittelbar durch Hinzutreten eines andern Grundes, ex re[b], namentlich wegen einer ihnen zugegangenen Bereicherung[c], eine vollkommene Verbindlichkeit für sie hervorgehen. Insofern kann insbesondere auch ein Unmündiger in Folge eines ohne Auctoritas des Tutors vorgenommenen Rechtsgeschäftes vollkommen wirksam verpflichtet

[a] L. 5. D. de R. J. L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. (§. 59.). [b] L. 46. D. l. c. [c] L. 1. §. 2. . L. 3. pr. commod. 13. 6. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6.

werden[d], während dieses unmittelbar und an sich solche Wirkung nicht hat[e].

Anm. Eine alte Streitfrage ist es, ob der pupillus infantia maior durch Rechtsgeschäft nicht eine naturalis obligatio contrahire, auch abgesehen von dem Fall der Bereicherung (not. d.), in welchem eine klagbare, nur ihrem Grunde nach als naturalis bezeichnete Obligatio besteht? Die Stellen in not. e. verwerfen eine Obligatio des Pupillen theils schlechthin (*nulla obligatio est, non obligari pupillum*), theils iure civili (oder more nostrae civitatis). Aber a) in zwei Stellen wird ausdrücklich auch eine naturalis obligatio geläugnet: L. 58 (59). D. de O. et A. 44. 7. Pupillus pecuniam mutuam accipiendo *ne quidem iure naturali obligatur*. L. 41. D de cond. indeb. 12. 6. Quod (*Si quod?*) pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura debet*. Vgl. auch L. 16. pr. D. de minor. 4. 4. Dagegen b) nehmen andere Stellen eine solche an, und zwar nach verschiedenen Beziehungen *α)* L. 1. §. 1. D. de novat. 46. 2. cf. Gai. III. 119. *β)* L. 42. pr. D. de iureiur. 12. 2. L. 44. 95. §. 4. D. de solut. 46. 3. cf. L. 127. D. de V. O. 45. 1. L. 35. D. de recept. 4. 8. *γ)* L. 19. §. 4. D. de donat. 39. 5. L. 95. cit. §. 2. 4. L. 21. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 25. §. 1. D. quando dies. 36. 2. *δ)* L. 66 (64). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Vgl. auch noch L. 3. §. 4. in f. D. de neg. gest. 3. 5. Die verschiedenen Hauptmeinungen sind hiernach: 1) Ohne Bereicherung, deren Existenz aber in verschiedenen Fällen supponirt werde, entstehe überall keine naturalis obligatio des Pupillen oder nur in einem ganz uneigentlichen rein factischen Sinne. So Puchta §. 237. not. h. (vgl. Holzschuher 3. Aufl. III. S. 8 fg.), mit zum Theil scharfsinniger, aber auch zum Theil unrichtiger oder gezwungener Erklärung der Stellen, namentlich unter *α. β.* 2) Es sei zu unterscheiden zwischen infantiae und pubertati proximi. Donell. lib. XII. cap. 22. §. 13. 3) Es entstehe in jedem Falle eine naturalis obligatio mit allen regelmäßigen Wirkungen, z. B. Göschen §. 428. Rudorff Vormundsch. II. S. 279 fg. Savigny Obl. I. S. 61 fg. (obwohl einen Widerspruch zwischen den Stellen unter a. und b. anerkennend), und Scheurl in der Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 506 fg. (welcher den Widerspruch noch beseitigen zu können meint); jedoch nur mit der Beschränkung, daß die vom Pupillen als solchem ohne Tutor geleistete Zahlung zurückgefordert werden könne: Büchel Civilr. Erörter. II. [Verpfändung für nicht vollgilt. Obl.] S. 68 fg. Vangerow I. §. 279. R. S. Schultze de naturali pupillorum obligatione. Gryphiae 1854; auch mit Ausschließung der (praktisch am meisten bedenklichen) Geltendmachung durch Compensation: Christiansen zur Lehre von der nat. obl. S. 120. (dagegen Goldschmidt im civ. Arch. XXXIX. 17.). 4) Es entstehe zwar eine naturalis obligatio, die aber gegen den Pupillen selbst überhaupt der regelmäßigen Wirkungen entbehre. Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 149 fg. Vgl. auch Weber nat. Verbindl. §. 71. Roßhirt in seiner Ztschr. I. 2. S. 130 fg. Unterholzner I. §. 78. Brinz krit. Bl. III. S. 15 fg. 57. Pand. 1. Aufl. S. 572. 575. [2. Aufl. §. 220. S. 47 fg. Wächter I. S. 435 fg.] Die neueren Ausführungen über diese Streitfrage, von Keller in Bekker's Jahrb. IV. 12. und Schwanert Naturalobl. S. 363 bis

[d] L. 5. pr. §. 1. D. de auct. tut. 26. 8. L. 3. §. 4. D. de neg. gest. 3. 5. L. 1. §. 15. D. depos. 16. 3. cf. L. 4. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. L. 13. §. 1. L. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] §. 3. J. quib. mod. obl. toll. 3. 29. L. 9. pr. D. de auct. 26. 8. L. 8. §. 15. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 1. Cod. de inutil. stip. 8. 38 (39). cf. L. 43. D. de O. et A. 44. 7. L. 8. pr. D. de adquir. her. 29. 2.

392., mit Recht ausgehend von der Erwägung des Grundes, aus welchem die Verpflichtung des Pupillen ohne Vormund für nichtig erklärt ist, kommen, in der Hauptsache mit der Ansicht unter Nr. 4. übereinstimmend, zu dem Resultate, daß jene zwar zunächst den Pupillen gar nicht verpflichte, gleichwohl aber eine naturalis obligatio bewirke, die eine hinlängliche Grundlage für eine gültige Zahlung, Expromission, Bürgschaft und Verpfändung von Seiten dritter Personen, ja selbst auch von Seiten des pupillus cum tutore oder pupillus pubes factus oder des Erben des Pupillen abgebe und überhaupt als naturale debitum rechtlich bedeutend werden könne, insoweit dies nicht der Absicht des Gesetzes, den Pupillen gegen Beschädigung durch Verpflichtungsgeschäfte zu schützen, widerstreite. Vgl. auch Bekker im Jahrb. IV. S. 404. Tiktin de natura bilat. obligationum diss. [1867] pag. 69 sqq. annot. 1. Mit Recht aber wird gegen Schwanert a. a. O. behauptet, daß auch eine vom Vormunde oder dem erwachsenen Pupillen oder dessen Erben nur aus Irrthum geschehene Zahlung oder sonstige Anerkennung angefochten werden könne. Windscheid §. 289. N. 11..16.

## 1) Verträge.

### a) Eingehung von Schuldverträgen.

### §. 231.

#### α) Willenserklärung[1].

Ein Schuldvertrag ist die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen, welcher auf **Begründung einer Verpflichtung** der einen oder beider zu einer obligatorischen[a] Leistung gerichtet ist. Wesentlich also ist dazu ein Versprechen von der einen, und die Annahme desselben (Acceptation) von der andern Seite (einseitiger Schuldvertrag), oder gegenseitiges Versprechen und dessen Annahme von beiden Seiten (zweiseitiger oder gegenseitiger Schuldvertrag). Der Vertrag ist **geschlossen**, wenn über alle wesentlichen Punkte der einige Wille der handelnden Personen (der Paciscenten oder Contrahenten) in bindender Absicht[1b] (und in der gehörigen Form §. 232) erklärt ist[a]. Unverbindlich also sind 1) einseitige Aufforderungen oder Anerbietungen (**Propositionen**) zur Vertragschließung, selbst wenn sie in ein förmliches Versprechen eingekleidet sind, so lange nicht deren Annahme von der andern Seite erklärt ist; die Annahme aber ist wirkungslos, wenn sie erst erfolgt, nachdem das Anerbieten, ausdrücklich oder stillschweigend, zurückgenommen ist[2]; 2) beiderseitige vorbereitende Verhandlungen über einen einzugehenden Vertrag (**Tractate**), so lange nicht die Einigung des Willens wirklich zu Stande gekommen und erklärt ist. Doch kann wohl das Ergebniß solcher Unterhandlungen schon in bindende Verträge (pacta *praeparatoria*) gefaßt und so namentlich vorerst festgestellt werden, **daß** ein gewisser Vertrag geschlossen werden solle, [**Vorverträge**]

[a] L. 1. §. 1..3. D. de pact. 2. 14. cf. L. 9. D. de contrah. emt. 18. 1.

pacta de contrahendo, woraus denn ein Anspruch auf das Interesse wegen nicht erfolgender Abschließung des verabredeten Vertrags hervorgehen kann[b]. Eine vorläufige schriftliche Aufzeichnung der beiderseitig angenommenen wesentlichen Punkte eines Vertrags, welcher aber noch erst in einer besondern Form zum Abschluß kommen soll (sog. Punctation), kann bald schon einen vollkommenen Vertrag in sich schließen, bald die Bedeutung eines pactum de contrahendo, bald den Charakter bloßer Tractate haben: dies hängt theils von der Absicht der Contrahenten, theils von der Natur und Bedeutung der noch fehlenden Form ab (§. 232)[3].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Regelsberger Civilrechtl. Erört. Heft 1. „Die Vorverhandlungen bei Verträgen". 1868. (darüber Schletter's Jahrb. XIII. S. 89 fg. Windscheid in d. krit. Vjschr. X. S. 152 fg. [Exner ebda. XI. S. 337 fg.]). Vangerow §. 603. A. 1. (7. Aufl. III. S. 248 fg.). Sintenis (3. Aufl.) II. §. 96. S. 248 fg. Windscheid Pand. II. §. 306..310. Holzschuher (3. Aufl.) III. §. 236. S. 303 fg. Schloßmann der Vertrag. 1876. [Worin der Grund der verbindenden Kraft der Verträge zu suchen sei, ist — gerade wie die Frage nach dem Grunde des Besitzschutzes — zunächst eine rechtsphilosophische Frage; worin die Römer (und bez. die Teutschen) den Grund erblickt haben, ist eine Frage der Rechtsgeschichte. Aber die Ansichten hierüber (namentlich ob der Schwerpunkt im Willen des Promittenten oder im Vertrauen des Promissars liege) haben stets und nothwendig auch auf dogmatische Untersuchungen (z. B. über Vertragsabschluß unter Abwesenden, über Irrthum) Einfluß geübt. Vgl. über jenes Problem Hofmann Entstehgs.Gr. d. Oblig. §. 12 fg., Modderman Wil of vertrouwen. Groningen 1880. M. ist Anhänger der Vertrauens- und Gegner der Willens-Theorie.]

[1a Doch ist es möglich, daß „man aus Einem Geschäfte nicht nur obligirt, sondern zugleich Eigenthümer oder sonstwie dinglich berechtigt, oder doch Besitzer, Detentor, Empfänger einer Leistung wird." Brinz 2. Aufl. §. 248. a. A. und unten §. 232. A. 4. a.]

[1b Vgl. dazu Hofmann Entstehungsgründe d. Obl. §. 8. 9. Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 199 fg.]

[2] Es ist eine oft schwierige Frage, ob und wann die gegenseitige Willenserklärung als vollendet, daher der Vertrag als geschlossen zu betrachten, einseitiger Widerruf des einerseits Erklärten nicht mehr zulässig sei? In dieser Beziehung ist zu bemerken:

a) Die Erklärung der Annahme eines Versprechens kann diesem vorausgehen, in Form eines Gesuches oder einer Frage, wie bei der römischen Stipulation.

b) Zwischen den beiderseitigen Willenserklärungen kann eine Zwischenzeit verlaufen. Es kommt auf die Umstände an, wie lange man eine Proposition noch als fortdauernd ansehen könne. L. 1. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (cf. L. 12. pr. D. de duob. reis. 45. 2.), auf die römische Stipulation sich beziehend, stellt keine allgemein anwendbare Regel auf.

c) Unter Anwesenden ist eine Willensäußerung des einen jedenfalls so lange ohne Wirkung, als sie nicht dem anderen zum Verständniß gebracht ist. §. 1. J. de V. O. 3. 15. L. 1. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 1. §. 15. L. 48. D. de O. et A. 44. 7.

[b] cf. L. 68. D. de V. O. 45. 1. [s. jetzt aber auch R.C.P.O. §. 779.]

d) Sehr streitig aber ist, wie es sich verhalte, wenn ein Vertrag unter Abwesenden bezweckt wird, die einander ihren Willen durch Mittelspersonen (Boten) oder durch Briefe kund geben. L. 2. pr. D. de pact. 2. 14. L. 1. pr. .. §. 2. D. mand. 17. 1. Viele gehen von der Ansicht aus, daß auch hier die beiderseitigen Willensäußerungen erst als vollendete gegenseitige Willenserklärung wirken, wenn sie dem anderen Theile zum Bewußtsein gebracht sind, und sehen daher den Vertrag erst dann als abgeschlossen an, wenn auch die Annahme des Antrags zu einem Vertrage dem Antragsteller kund geworden ist. Siehe vorzüglich Hasse im Rhein. Mus. II. S. 371 fg., sodann Bekker in seinem Jahrb. II. Nr. 11. III. S. 116 fg., besonders Regelsberger a. a. O. S. 23 fg. und dazu Vangerow a. a. O. [Wächter II. S. 357 fg.] Andere dagegen erachten schon eine auf Annahme gerichtete Willensäußerung für entscheidend, bevor sie noch dem Antragsteller kund geworden, weichen aber sehr von einander ab darüber, wie viel zum Zweck der Kundgebung der Annahme an den Antragsteller geschehen sein müsse, um dessen Widerruf des Antrags auszuschließen. Wening im civ. Arch. II. 25. S. 267 fg. Scheurl Beitr. I. S. 301 fg. und (anders) in den dogm. Jahrb. II. 5. Emminghaus im prakt. Arch. n. F. VI. 3. vgl. Puchta §. 251. Sintenis und Holzschuher a. a. O. Dahn in d. Ztschr. für Handelsrt. IX. S. 503 fg. (gegen seine frühere Auffassung in d. 3. Aufl. v. Bluntschli's d. Privatrecht S. 457.). Thöl Handelsrecht 4. Aufl. I. §. 57. Zur Bezeichnung jener beiden gegensätzlichen Hauptmeinungen sind vorgeschlagen die Ausdrücke: „Vernehmungs"- und „Aeußerungstheorie" (Regelsberger), oder „Rescissions"- (von rescisco) und „Declarationstheorie" (Dahn), oder „Recognitions"- und „Agnitionstheorie" (Vangerow). Eine vermittelnde Theorie versucht Windscheid a. a. O. (in der 2. Aufl. anders als in der 1. Aufl.), indem er die Annahmeerklärung an sich als an den Antragsteller gerichtete für vollendet hält, sobald sich der Annehmende des zur Uebermittelung seiner Willenserklärung an den Antragsteller gewählten Mittels entäußert hat, aber dieselbe für widerruflich erklärt, so lange sie nicht an den Antragsteller gelangt ist, und dabei denn unterscheidet zwischen Annahme der Erklärung eines Gläubiger- und eines Schuldner-Willens, und bei dem Antrage zu einem zweiseitigen Vertrag zwischen der darin liegenden Erklärung eines Gläubiger- und der eines Schuldner-Willens; — scharfsinnig, aber?? — Wie die Theorie, so ist auch die Praxis über diese Frage noch schwankend. Für Handelsgeschäfte stellt darüber einige gesetzliche Bestimmungen auf das Handelsgesetzb. in Art. 317..323., wornach ein Vertragsantrag schon in gewissem Maße als bindend anerkannt wird, und daran schließen sich an das sächs. Gstzb. §. 814..818. und der bayer. Entwurf II. Art. 7..15., vgl. Bekker a. a. O. II. S. 385 fg. Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 163 (civ. Schr. III. S. 497) fg. Ueber das preuß. Recht s. Ldr. I. 5. §. 90 fg. 96 fg. Förster I. §. 77. S. 418 fg., [und Dernburg I. §. 107. II. §. 11. 56.] über neuere Gstzgb. überhaupt Regelsberger a. a. O. S. 43 fg. — Koeppen der obl. Vertrag unter Abwesenden in den dogm. Jahrb. XI. 2. Brinz Pand. 1. Aufl. §. 361 fg. S. 1578 fg. Sohm in d. Ztschr. für Handelsrt. XVII. S. 16..107. [„Realisirungstheorie"]. H. Schott der obl. Vertrag unter Abwesenden 1873. Prakt. Arch. n. F. IX. S. 324 fg. H. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund. 1873. S. 11 fg. 20 fg. 53..75., dazu Unger in der Wiener Ztschr. I. 12. S. 357 fg. Fr. Hofmann die Entstehungsgründe der Obl., insbesondere der Vertrag. 1874. I. S. 1..49. II. S. 72 fg. [und Stobbe Reurecht und Vertragsschluß nach älterem deutschem Recht in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XIII. S. 209 fg.] — Windscheid 5. Aufl. §. 306. 307. [Kühn Vertragsschluß unter Abwesenden in d.

dogm. Jahrb. XVI. 1. Marsson d. Natur der Vertragsofferte. 1879. Wendt Reurecht und Gebundenheit II. S. 9 fg. Hardeike d. Verträge unter Abwesenden und die Rechtsverh. bis zum vollendeten Abschluß. 1882. (drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 330 fg.) Leonhard Irrthum S. 125 fg. 355 fg. Modderman S. 31 fg.]

e) Wenn auch ein angeregter Vertrag nach d) nicht zum Abschluß kommt, so kann doch gegen den Zurücktretenden ein Anspruch auf Schadloshaltung sich ergeben. Unzweifelhaft ist dies der Fall, wenn jenen der Vorwurf arglistiger Veranlassung eines Schadens des Anderen trifft (actio doli), sodann auch, wenn der Antrag zu einem Vertrage so aufzufassen ist, daß derjenige, dem er gemacht wird, dadurch sofort zu entsprechendem Handeln sich bestimmt finden soll, in dem Antrage also schon eine Ermächtigung zu solchem Handeln liegt, in welchem Fall der Antragsteller das, was demgemäß geschehen ist, bevor sein Widerruf dem andern Theile kund geworden, als ihn verpflichtend anerkennen muß; arg. L. 1. §. 2. L. 15. 26. §. 1. D. mand. 17. 1. Die heutige Rechtswissenschaft aber neigt sich dahin, überhaupt gegen denjenigen, welcher einem Andern das sichere Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrages erregt hat, der dann doch nicht zum Abschluß gedeiht oder auch aus andern Gründen nichtig ist, einen Anspruch auf Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresse zu geben, d. i. auf Leistung desjenigen, was der Andere haben würde, wenn ihm die Aussicht auf das Zustandekommen des Vertrages gar nicht eröffnet worden wäre. Jhering über „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen" in den dogm. Jahrb. IV. 1., vgl. dessen „Schuldmoment im röm. Privatr." S. 38. A. 73. Vangerow (7. Aufl.) I. §. 109. III. S. 252. Windscheid §. 307. A. 5. Scheurl in d. dogm. Jahrb. II. S. 273 fg. Bekker im Jahrb. II. S. 364 fg. und IV. 5. Regelsberger S. 32 fg. [Dernburg II. §. 16.] u. a. In der Begründung und genauern Bestimmung dieser Entschädigungspflicht und ihrer Voraussetzungen ist aber eine Einigung der Ansichten noch nicht erzielt. Vgl. Sintenis (3. Aufl.) II. §. 96. A. 18a. Windscheid a. a. O. 4. [und 5.] Aufl. [Dazu jetzt noch eingehend (gegen Jhering) Mommsen Erörterungen II. bes. S. 1 fg. 134 fg. 212 fg. (darüber Leonhard in Goldschmidt's Ztschr. XXVI. S. 284 fg., s. jetzt aber denselben Irrthum S. 527. Note 1. und überhaupt ebda. S. 524 fg.); neuestens G. Hartmann in d. dogm. Jahrb. XX. S. 14 fg.]

f) Bei Verhandlung unter Abwesenden kann es der Fall sein, daß der Wille des einen durch eine Mittelsperson dem andern unrichtig mitgetheilt wird: es fragt sich, welche Folgen dies hat? Diese Frage ist in unserer Zeit besonders wichtig geworden, wenn als Mittel der Willensäußerung der Telegraph benutzt wurde. Auch darüber gehen die Ansichten noch sehr auseinander. Vgl. zu den sub e. genannten Schriftstellern noch insbesondere Reyscher in d. Ztschr. f. deutsches Recht XIX. S. 286 fg. 456 fg. Fuchs im civ. Arch. XLIII. 5. Busch das. XLV. 1. Mittermaier das. XLVI. 1. XLVII. 11. Bähr in d. dogm. Jahrb. VI. 5. und vorzüglich Serafini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile et commerciale. Pavia 1862. (ins Deutsche übersetzt [v. L. Roncali] 1865.), sodann Meili das Telegraphenrecht. 1871. (2. Aufl. 1873.); dieser ein Anhänger der Vernehmungstheorie, jener der Aeußerungstheorie (nr. d.); vgl. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XIII. S. 543 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 309. A. 5:.8. [Mommsen Erörterg. II. S. 125 fg.]

[3] Darüber Regelsberger Civilr. Erört. S. 129 fg. Windscheid §. 310. Degenkolb der Begriff des Vorvertrags. 1871., drbr. Göppert in d. krit. Vjschr.

XIV. S. 400 fg. [Kohler Ges.Abh. Nr. 2.: Darlehen und Vorvertrag. (S. 44 bis 62.) Leonhard Irrthum S. 158 fg. Eisele in d. Ztschr. f. schweiz. R. R. F. III. S. 23 fg.]

4 Eine eigenthümliche Weise der Einleitung zu einem Vertrage ist die Versteigerung, darin bestehend, daß die Eingehung eines Vertrages über eine bestimmte Leistung einerseits demjenigen proponirt wird, welcher die dem Proponenten vortheilhaftesten Bedingungen stellen werde, dem Meistbietenden oder dem Wenigstnehmenden; bei Verkäufen Auction oder Subhastation genannt, für manche Fälle gesetzlich vorgeschrieben: a) L. 2. 3. Cod. de execut. rei iud. 7. 53. L. 2. Cod. si in causa iud. pign. 8. 22 (23). b) L. 2. Cod. de fide et iure hastae fiscalis. 10. 3. c) Nov. 120. cap. 6. §. 2. d) L. 3. Cod. de locat. praed. civ. 11. 71 (70). Ueber die verschiedenen Auffassungen dieses Rechtsgeschäftes vgl. Glück XVI. S. 267 fg. Puchta Lehrb. und Vorles. §. 252. Sintenis II. §. 96. A. 19..23. Keller Pand. §. 223 a. E. Holzschuher (3. Aufl.) III. S. 748 fg. Kindervater in d. dogm. Jahrb. VII. 1. 7. Ihering das. VII. 4. 8. Unger das. VIII. 5. Regelsberger a. a. O. S. 162 fg. Reuling in d. dogm. Jahrb. X. 6. Siegel a. a. O. §. 10. S. 82..90. Windscheid 4. Aufl. §. 308. A. 10..18. [Stobbe Handb. III. §. 169.] Abweichend unter einander sind auch das sächs. Gstzb. §. 819., der hess. Entw. IV. Art. 83. und der bayer. II. Art. 16. Vgl. Lang Kritik des bayer. Entw. II. S. 17 fg. — Gültig ein Versprechen für Unterlassung des Aufbietens? Seuffert's Arch. XII. 16. [Vgl. Dernburg II. S. 28 fg.]

## §. 232.

### β) Form der Verträge.

Bei der Eingehung obligatorischer Verträge, wie anderer Rechtsgeschäfte (§. 64), kann die Beobachtung einer gewissen Form in Betracht kommen, sei es um den Beweis derselben zu ermöglichen oder zu erleichtern, oder um die Klagbarkeit oder Gültigkeit der Verträge zu begründen[1]. Formen, von welchen blos die Beweisbarkeit des Schuldvertrags abhinge, kennt das gemeine Recht gar nicht[2]; solche, durch welche die Gültigkeit desselben bedingt ist, als gesetzlich vorgeschriebene nur ausnahmsweise[a]. Ist aber durch den Willen der Parteien eine besondere Vertragsform festgesetzt, namentlich schriftliche Abfassung, z. B. eines Kaufvertrages, so ist deren Vollendung, wozu bei schriftlicher Abfassung die Unterschrift der betreffenden in der Reinschrift (mundum) ausgefertigten Urkunde durch beide Theile gehört, im Zweifel als Bedingung der bindenden Kraft des Vertrages anzusehen[3], so daß bis dahin keine Verbindlichkeit, auch nicht zur Abschließung des Vertrages, entsteht[b]. Auch die Klagbarkeit der Verträge ist nach heutigem gemeinen Rechte nicht von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig,

a z. B. L. 34..36. Cod. de donat. 8. 53 (54). (§. 81). Nov. 120. cap. 6. §. 2. (§. 198. not. c. d.).
b L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. (Justinian.). pr. J. de emt. vend. 3. 23. cf. L. 4. D. de fide instrum. 22. 4.

obgleich dies nach römischem Rechte in großem Umfange der Fall war und dem Vertragssystem desselben sogar die Regel zum Grunde lag*, daß aus dem einfachen formlosen Vertrage an sich, abgesehen von einer hinzukommenden Leistung des einen Theils, nur wenige aber wichtige Fälle ausgenommen, eine klagbare Forderung nicht hervorgehe[4].

Anm. [1] Zur Vergleichung des R. Rechts mit neuern Gesetzgebungen in dieser Beziehung s. Arndts über schriftliche Abfassung der Verträge in Ulrich's Neuem Arch. für preuß. Rt. I. S. 132. (civ. Schriften III. S. 188 fg.). Vgl. auch Arndts in d. krit. Ueberschau I. S. 138 fg. und in d. krit. Vjschr. V. S. 9 fg. 166 fg. (civ. Schr. III. S. 393 fg. 482 fg. 500 fg.). Keller Pand. §. 221. 222. Regelsberger a. a. O. S. 134 fg. Windscheid §. 312. [Stobbe III. §. 173.]

[2] Eine processualische Frage ist es, inwiefern eine besondere Art des Verfahrens (Executivproceß) zur Geltendmachung einer Forderung durch besondere Beurkundung derselben bedingt sei. Eine solche Bedeutung hat die Form auch bei Wechselforderungen (daher Wechselproceß), worüber das deutsche Privatrecht, insbesondere die deutsche Wechselordnung (Art. 4.), zu vergleichen ist.

[3] Ueber die Motive dieser Vorschrift: Keller §. 222., welcher jedoch zu weit geht, wenn er behauptet, daß es durchaus keinen Unterschied mache, ob die Contrahenten (erweislich) die Absicht gehabt haben, schon durch die mündliche Abrede oder die schriftliche Punktation sich zu binden. [Vgl. auch Bähr Urtheile d. Reichsgerichts. Nr. XVII. S. 171 fg.]

[4] L. 7. §. 4. D. de pact. Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5. „ex pacto actionem non oriri". Pactum oder Pactio heißt im Allgemeinen die bloße irgendwie erklärte Uebereinkunft. Nur unter bestimmten Voraussetzungen erzeugt diese nach R. R. eine civilrechtlich klagbare Obligatio und wird zum Contractus, nämlich a) *Re*, d. h. dadurch, daß von einer Seite etwas hingegeben oder sonst etwas geleistet ist, gegen Verpflichtung zur Rückgabe oder zu einer andern Gegenleistung von der andern Seite. [Jedenfalls ist die res hiebei „keine bloße Sache, sondern Einräumung einer Sache, eines Rechtes an der Sache, des Besitzes, Genusses, der Detention an derselben oder sonst etwas Reelles (facere); sie ist etwas Reelles, keine Form des Geschäftes". Brinz 2. Aufl. II. S. 134.] Solche Verträge nennt man Realcontracte; darunter vier benannte Realcontracte, die mit einer eigenthümlichen Klage versehen sind, mutuum, commodatum, depositum, pignus (Ubbelohde zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species. 1870); andere dagegen unbenannte Realcontracte, denen eine im Allgemeinen nicht genauer bestimmte Klage, in factum civilis oder praescriptis verbis actio, entspricht, deren Gestattung erst später durch die juristische Doctrin entschieden worden ist, während früher hier nur Rückforderung des Geleisteten stattfand. [Karlowa Rechtsgesch. S. 245 fg. Das Uebereinkommen, das zum Dasein des Geschäftes so nothwendig ist, wie die res, findet bei den benannten Realcontracten seinen Ausdruck gewöhnlich

* L. 7. pr...§. 2. 4. D. de pactis. 2. 14. L. 13. 28. Cod. de pactis. 2. 3. L. 1. §. 2. D. de permut. 19. 4. L 3. 4. Cod. de rer. permut. 4. 64. cf. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14., de verborum obligatione. 3. 15. et sqq., de litterarum obligatione. 3. 21., de consensu obligatione. 3. 22. — Dig. de verborum obligationibus. 45. 1. Cod. de contrahenda et committenda stipulatione. 8. 37 (38). — Dig. de praescriptis verbis et in factum actionibus. 19. 5. Cod. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione. 4. 64.

stillschweigend durch Bezeichnung des Geschäftes als eines Darlehens, Annahme des Geldes u. s. w. Brinz a. a. O. A. 3.] b) *Verbis*, d. h. durch bestimmte mündliche Frage und entsprechende Antwort, Stipulation, daher Verbalcontract, ein negotium stricti iuris, wodurch eine einseitige klagbare Obligatio jedes überhaupt möglichen Inhalts begründet und worin alle Arten von Verpflichtungen, auch gegenseitige, indem man sie formell in mehrere einseitige auflöste, eingekleidet werden konnten. c) *Litteris*, d. i. durch geschriebene Worte in gewisser Form, daher Litteralcontract, im justinianischen Recht schon nicht mehr praktisch. [Vgl. Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. S. 12 fg.] In einigen Fällen aber entstand jene Wirkung: d) *Consensu*, d. i. nudo oder solo consensu, daher Consensualcontracte: emtio venditio, locatio conductio (auch contractus emphyteuticarius), societas, mandatum. — Im Gegensatz gegen die unter eine dieser vier Kategorien fallenden Vertragsverhältnisse (*contractus*) heißen nun andre Verträge im römischen Sprachgebrauch *pacta*, auch nuda pacta oder nudae pactiones sive conventiones: sie erzeugten keine Klage, und es ist sehr streitig, ob sie auch nur eine naturalis obligatio zu begründen vermochten (Savigny Obl. I. §. 9. Brinz krit. Bl. Nr. 3. S. 16 fg. [Pand. 2. Aufl. §. 223. Nr. 1.] Scheurl Heidelb. Ztsch. I. S. 516. Schwanert Naturalobl. S. 123 fg.). Doch wurden ausnahmsweise noch einige Verträge außer jenen Contracten klagbar (sog. pacta *vestita*), theils durch das prätorische Recht (sog. pacta *praetoria*, namentlich das Zahlungsversprechen, sog. constitutum debiti), theils durch Constitutionen (sog. pacta *legitima*, namentlich das Schenkungsversprechen, §. 279., und das Dotalversprechen, §. 397.). Vgl. überhaupt Savigny Obl. II. §. 72..75. und insbesondere Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig 1840. Gneist die formellen Verträge des neueren R. Obl.-Rechts. Berlin 1845. Girtanner die Stipulation und ihr Verhältniß zum Wesen der Vertragsobligation. Kiel 1859. [Seuffert (s. unten) §. 2. 3.] — In das praktische Recht der neuern Zeit ist nun aber der römische Formalcontract, die Stipulation, nicht übergegangen; durch allgemeines Gewohnheitsrecht ist die Klagbarkeit aller Verträge, sofern sie nur sonst gültig sind, zur Regel geworden, womit denn zugleich auch die Folgesätze aus der Regel der L. 7. §. 4. cit. weggefallen sind. Vgl. darüber Savigny II. §. 76..78. mit Liebe a. a. O. und v. d. Pfordten über die Klagbarkeit der Verträge nach röm. und heut. Recht in dessen Abh. Nr. 3. Heimbach in Linde's Ztschr. n. F. XIII. 3. Sintenis II. §. 96. A. 3. [und jetzt vorzüglich L. Seuffert zur Geschichte der obligatorischen Verträge. 1881. (drbr. Stintzing's lehrreiche Recension in der krit. Vjschr. XXIII. S. 489 fg. und über beide F. Hofmann in d. Wiener Ztschr. X. S. 131 fg.) und in der Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. Germ. Abth. S. 115 fg. mit Brunner z. Rechtsgesch. d. röm. und germ. Urkunde I. 1880. S. 221 fg. Seuffert behauptet, jenes Gewohnheitsrecht sei „geraume Zeit nach der Reception des röm. Rechts unter der Einwirkung kanonistischer und besonders naturrechtlicher Anschauungen" ausgebildet worden; Stintzing verlegt die Anfänge in das 14. Jahrh., die Entwickelung in die Praxis der Receptionszeit, den Abschluß in die Theorie seit Ende des 16. Jahrh. und läugnet den naturrechtlichen Einfluß. Gegen Seuffert und Stintzing behauptet nun Karsten die L. v. Vertrage bei den italien. Juristen des Mittelalters (1882), das Dogma von der bindenden Kraft der Verträge wurzle nur in der Doctrin der italienischen Juristen, die eine Theorie aufstellten, aus der es nothwendig hervorgehen mußte. Er bestreitet dem erwähnten Dogma die gewohnheitsrechtliche Grundlage und erklärt es bloß für eine irrige Theorie. (drbr. Böhlau in d. krit. Vjschr. XXV. S. 337 fg.).

— S. auch §. 233. A. 8.] — Hiernach sind nun eigentlich alle obligatorischen Verträge Consensualcontracte geworden. Nur kann von einer Verbindlichkeit zur Rückgabe natürlich nicht ohne vorhergegangenen Empfang, und kann insofern wohl auch noch jetzt von Realcontracten gesprochen werden, insbesondere dann, wenn vor der Hingabe und Empfangnahme noch gar keine Obligatio, wenigstens keine des Empfangensollenden, besteht, erst res initium obligationi praebet. Vgl. Demelius Realcontracte im heut. Recht, in den dogm. Jahrb. III. 5. Unger das. VIII. 1.; in besonderer Beziehung auf österreich. Recht: Habietinek in Haimerl's Vjschr. V. 3. Aber es kann nun von keinem der römischen Realcontracte schlechthin gesagt werden, daß er ein Realcontract in diesem Sinne sei, auch nicht, wie Unger annimmt, vom unverzinslichen Darlehen, und eben so umgekehrt nicht vom Depositum oder vom verzinslichen Darlehen, daß er es nicht sei. Es kommt überall darauf an, „ob die Parteien eine Verpflichtung erst durch das Geben und Nehmen haben begründen wollen" Windscheid §. 312. A. 5. [Brinz Pand. 2. Aufl. II. S. 135. 138.], und das kann auch beim Depositum und beim verzinslichen Darlehen der Fall sein, und beim unverzinslichen Darlehen nicht der Fall sein. [S. jetzt auch Kohler Ges.Abh. Nr. 2. Dagegen tritt entschieden ein für den Fortbestand der Realcontracte auch im heut. Recht Eisele über Realcontracte mit bes. Rücks. auf das schweiz. Obl.R., in d. Ztschr. f. schweiz. Recht. N. F. III. S. 1..47.] — Wenn doch auch von Formalcontracten im heutigen Recht noch viel die Rede ist, so hat das nicht den Sinn, als ob die Klagbarkeit eines Vertrages gesetzlich noch von einer bestimmten Form abhängig sei, sondern bezieht sich nur auf Verschiedenheiten in processualischer Beziehung (§. 233. A. 8.). [Karlowa Rechtsgesch. S. 227 fg. Brinz 2. Aufl. II. §. 310.]

### b) Inhalt der Schuldverträge.

## §. 233.

Das Ziel des Schuldvertrags ist die Hervorbringung einer Obligatio. Der Inhalt desselben muß also von solcher Beschaffenheit sein, daß daraus eine Obligatio hervorgehen kann (§. 202). Das Versprechen einer Leistung von Seiten eines Dritten oder zu Gunsten eines Dritten erzeugt daher eine Verbindlichkeit oder Forderung des einen oder andern Contrahenten jedenfalls insofern, als auch dieser dadurch sich zu etwas anheischig macht[a], oder (beziehungsweise) bei der Erfüllung der Leistung an den Dritten irgend ein Interesse hat[b]; der Vertrag kann aber auch für den Dritten eine Verbindlichkeit oder Forderung zu bewirken geeignet sein[1]. Bei der Eingehung einer Schuldverbindlichkeit ist übrigens immer, wie bei jeder absichtlichen Aenderung in Vermögensverhältnissen, eine gewisse rechtliche Absicht vorauszusetzen, ein Bestimmungsgrund, aus welchem die Verpflichtung eingegangen wird (Verpflichtungsgrund, causa obligandi[2]), wodurch denn zugleich der juristische Charakter des

[a] §. 3. 21. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. pr. §. 1. 2. L. 81. pr. L. 83. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 5. D. de duob. reis. 45. 2. L. 18. 19. D. rat. rem hab. 46. 8. cf. Nov. 115. cap. 6. [b] §. 4. 19. 20. J. l. c. L. 38. §. 17. 20..23. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 110. pr. eod.

Rechtsgeschäfts näher bestimmt wird[3]. Die Verpflichtung kann zu reiner Begünstigung eines Andern (aus Liberalität) eingegangen werden, in der Absicht namentlich, diesem unentgeltlich einen Vermögensgewinn zu gewähren (Schenkung, donandi causa), oder in der Absicht, einem bestehenden Rechtsanspruche zu genügen (solvendi causa), oder dessen künftige Geltendmachung zu erleichtern und zu sichern[4], oder für eine Leistung von der andern Seite eine Rückleistung oder Gegenleistung zu gewähren, für eine Verpflichtung des andern Theils eine Gegenverpflichtung zu übernehmen (credendi causa)[c], oder auch ohne eine Gegenverpflichtung Jemanden doch wenigstens mittelbar durch Bedingung des Versprechens zu einer Handlung oder Unterlassung zu bestimmen oder sonst irgend einen rechtlichen Zweck zu erreichen[5], z. B. conditionis implendae oder dotis constituendae causa[d]. Ohne solche Absicht und solchen Bestimmungsgrund ist ein ernstlicher Wille, sich zu verpflichten, nicht denkbar; ist dieser Verpflichtungswille gewiß, ein anderer Verpflichtungsgrund aber nicht ersichtlich, so muß die Absicht, eine Liberalität zu üben, zu Grunde liegen[6]. Es kann aber auch wohl eine oder eine andere Absicht alternativ oder eventuell dem Verpflichtungsvertrage zu Grunde liegen[7]. Nach der ihm zu Grunde liegenden Absicht kann das Schuldversprechen als ein schlechthin nichtiges Rechtsgeschäft sich darstellen, z. B. als ungültige Schenkung[e]. Außerdem kann wegen eines Mangels in Ansehung des Verpflichtungsgrundes dasselbe anfechtbar und die eingegangene Verpflichtung durch Einrede unwirksam sein oder werden, insofern deshalb die Forderung und deren Erfüllung als ungerechtfertigte Bereicherung des Andern erscheint[f]. Uebrigens ist es der in dem angenommenen Versprechen kundgegebene Verpflichtungswille an sich, welcher die Obligatio erzeugt; eine andre, und zwar sehr streitige Frage aber ist es, inwiefern eine Forderungsklage einfach nur auf das Versprechen einer Leistung, ohne nähere Angabe des Versprechensgrundes, gegründet werden kann[8].

Anm. [1] Darüber vgl. unten §. 245 . . 248. und über Verträge zu Gunsten eines Dritten [§. 246. A. 3.] insbesondere Busch Doktrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. 1860. Bähr in d. dogm. Jahrb. VI. 3. Zaun im prakt. Arch. n. F. I. S. 42 fg. Unger in d. dogm. Jahrb. X. 1. u. dazu Regelsberger in d. krit. Vjschr. XI. S. 559 fg. mit Windscheid §. 316., auch Platner im civ. Arch. L. S. 220 fg. — Bähr ein Wort z. L. v. d. Verträgen zu Gunsten

[c] L. 2. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 3. §. 10. D. de don. int. v. et u. 24. 1. L. 2. 31. D. de novat. 46. 2. L. 1. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 1. D. de cond. sine causa. 12. 7. §. 2. J. de except. 4. 13. [d] Cod. de dotis promiss. 5. 11. [e] L. 3. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. 5. §. 3 . . 5. eod. [f] L. 2. §. 3. D. de doli exc. 44. 4. L. 15. D. de fideiuss. 46 1. L. 1. 3. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.

Dritter in d. dogm. Jahrb. XI. S. 394 fg. [Urtheile d. Reichsgerichts mit Besprechungen (1883.) Nr. X. S. 70 fg.] Brinz 1. Aufl. §. 374. 375. Gareis d. Verträge zu Gunsten Dritter. 1873. (vrbr. Pfaff in d. Wiener Ztschr. I. S. 212 fg. Stobbe in d. Ztschr. für Handelsrt. XIX. S. 300 fg.) Siegel a. a. O. S. 142 bis 159. „das Schuldversprechen zu fremden Handen“, dazu Hofmann a. a. O. S. 45 fg. Windscheid 4. Aufl. §. 316. 316 a. Knaus d. sog. Verträge zu Gunsten Dritter nach R. R. Köln 1875. [Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 18..20. E. Zimmermann stellv. neg. gest. §. 2. Stobbe Handb. III. §. 172. Regelsberger im civ. Arch. LXVII. 1. S. 1 fg.]

[2] Ueber die causa obligandi vgl. überhaupt Meyerfeld die L. v. d. Schenkungen §. 5. 12. Liebe über Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte des R. R. in Linde's Ztschr. XV. 3. 10. Gneist die formellen Verträge S. 113 fg. Windscheid die Lehre des R. Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850. S. 88 fg. Savigny Obl. II. §. 78. Erxleben die condictiones sine causa I. S. 82 fg. Voigt über die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. Leipzig 1862, insbesondere über die verschiedenen Bedeutungen von causa S. 1..51., über die causae obligationum S. 96..114. 454 fg. 491 fg. Dieser versteht unter causa = titulus obligationis zunächst den Rechtsgrund einer Obligatio, d. i. denjenigen Thatbestand, welcher die Obligatio unmittelbar erzeugt als modus obligandi. Indem er sodann findet, daß zu dieser Obligatio in deren jeweiligem Status eine andre obligatorische Rechtsfigur in mittelbarer Beziehung stehen kann, erkennt er darin eine organische Beziehung zweier modi obligandi, die in dem Relationsverhältniß von Grund und Folge zu einander stehen, und von denen nun der eine stets als secundäre causa der durch den andern unmittelbar erzeugten Obligatio sich darstelle, und in gleicher Weise lasse sich dann auch noch eine tertiäre causa u. s. w. eruiren. Als mögliche Beziehungen aber der mehreren Obligationen zu einander unterscheidet der Vf. nur die Solution, Novation und die Bestärkung der einen durch die andre. So beseitigt er als unerheblich den Begriff von causa obligandi im Sinn von Bestimmungsgrund zur Eingehung einer Schuldverbindlichkeit, und will durchaus nur den Begriff von causa obligationis (der primären, secundären u. s. w.) als dem eine Obligatio erzeugenden Thatbestande festhalten. Allein dabei muß er nicht nur in dem nudum pactum des R. R. und in einer noch gar nicht verpflichtenden Vorberedung, sondern auch in einer noch bloß beabsichtigten, in keiner Weise vollzogenen donatio, ja sogar in dem Gesetztsein einer Bedingung ein obligatorisches Verhältniß gegeben finden, zu dem nun eine neue Obligatio in solutorische, novatorische oder confirmatorische Beziehung treten könne. Das genügt, um die Ausführung als mißglückt zu bezeichnen. Wer ohne vorhergegangenes Versprechen donandi animo gibt oder verspricht, ist vorher in keiner Weise obligirt gewesen; eben so wenig ist obligirt derjenige, dem unter der Bedingung, wenn er etwas leiste oder verspreche, etwas vermacht oder versprochen worden ist, und wenn er nun implendae conditionis causa verspricht, so contrahirt er jetzt erst eine Obligatio, die nicht zu einer vorher bestandenen im Causalnexus steht. Wer donandi oder implendae conditionis causa sich verbürgt oder expromittirt, contrahirt eine Obligatio, die allerdings in confirmatorischer oder novatorischer Beziehung zu einer andern Obligatio steht, aber nicht in Beziehung zu einer vorherbestandenen Obligatio seiner selbst, und wenn jene confirmirte oder novirte Obligatio als secundäre Causa der neuen Obligatio aufgefaßt wird, so steht noch daneben, nicht als tertiäre Causa übergeordnet, die causa donandi oder implendae conditionis, als Bestimmungsgrund, warum er adpromittirt oder expromittirt.

Vgl. H. Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 6 fg. Esmarch in d. krit. Vjschr. V. S. 523 fg. — Schloßmann z. L. v. d. Causa obl. Verträge. 1868. Dieser erklärt S. 28 fg. die causa obl. im Sinne von Zweck (Vermögenszweck) der Willenshandlung. Lotmar über causa im R. R. [drbr. Eisele in d. krit. Vjschr. XX. S. 1 fg.] (vgl. §. 63. A. 1.) [Vgl. auch Hruza z. L. v. d. Novation §. 6. Leonhard Irrthum S. 241 fg.]

[3] Voigt a. a. O. S. 498. tadelt diesen Satz als dem römischen Recht widersprechend; es bleibe für das Wesen der Stipulatio durchaus gleichgültig, ob dieselbe donandi oder solvendi oder credendi causa erfolge. Aber ist es für das Rechtsgeschäft, das sich in der Stipulatio abschließt, auch gleichgültig? Die Stipulatio kann nichtig sein, weil sie donandi causa geschieht, während sie solvendi causa u. s. w. vollkommen gültig wäre.

[4] Bähr d. Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855. (2. Aufl. 1867.) Darüber [Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 496 fg.] Arndts in d. kritischen Ueberschau IV. S. 1 fg. 219 fg. (civ. Schr. I. 23.) und hinwieder Bähr in d. dogmat. Jahrb. II. 6. 8.; Regelsberger d. rechtl. Natur des Abrechnungsgeschäftes im civ. Arch. XLVII. 8. Unger z. L. v. Anerkennungsvertrag in d. dogm. Jahrb. VIII. 7. Windscheid §. 412a. 412b. Vgl. Schloßmann a. a. O. S. 66 fg. 85 fg. Stahl im civ. Arch. LIV. 16. Buhl Beitr. z. L. v. Anerkennungsvertrag, 1875 (drbr. Regelsberger in d. Jen. Litztg. 1876. Nr. 1. Bähr in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 334 fg.). [Grünhut das Recht des Contocorrentverkehrs, in seiner (Wiener) Ztschr. III. 9. bes. S. 508 fg. Stahl im civ. Archiv LXI. 3. S. 141 fg. Stobbe Handb. III. S. 79 fg. Lenel dogm. Jahrb. XIX. S. 224 fg. — Die ältere Theorie legte der Anerkennung nur die Kraft eines Zeugnisses gegen sich selbst bei (außergerichtliches Geständniß). Seit Bähr's gedanken- und erfolgreichem Buche wird immer allgemeiner gelehrt, daß in der Anerkennung auch ein Vertrag enthalten sein kann. Wann jedoch dies der Fall, und welches Inhalt und Wirkung eines solchen Vertrages sei, darüber sind die Ansichten noch immer so getheilt, daß man bisher kaum von einer herrschenden sprechen kann. — Vgl. hier Anm. 8., dann §. 240. A. 4., §. 262. A. 2., §. 269. §. 281. A. 1. und §. 503. A. 3 a. E.]

[5] Vgl. Windscheid und Erxleben a. a. O. Dagegen Sintenis II. §. 96. A. 25., sonst mit dem Hauptsatze einverstanden, will die den dreien *solvere*, *credere*, *donare*, hinzugefügte vierte Alternative, „oder sonst irgend einen rechtlichen Zweck zu erreichen," nicht in der Eigenschaft als Verpflichtungsgrund neben jenen anerkennen, indem er in gezwungener und ungenügender Weise auch dem dotem constituere und conditionem implere eine solutio oder donatio unterstellt. Schloßmann S. 38.

[6] Auch gegen diesen Satz erklären sich Voigt a. a. O. S. 496. [vgl. S. 580 fg.] und Sintenis a. a. O. A. 3. a. E., aber, wie es scheint aus Mißverständniß.

[7] So z. B. kann man versprechen wie zahlen, um einer Schuld willen, für den Fall aber, daß diese nicht bestehe, um zu schenken. Vgl. Schloßmann S. 36. [Zitelmann Irrth. S. 502 fg. 508 fg. — Ferner kann ein Geschäft im Verhältniß zu verschiedenen Personen verschiedene causae haben; s. §. 395. A. 4; Hruza S. 60.]

[8] Die römische Stipulatio konnte in ihrem formellen Abschluß von einer causa promittendi ganz abstrahiren und so denn auch ohne weiteres die Klage daraus angestellt werden; obwohl noch streitig ist, ob nicht gleichwohl der Kläger durch Vorschützung der exceptio doli angehalten werden konnte, den Verpflichtungsgrund anzugeben und zu erweisen. Gneist a. a. O. S. 180 fg. und in seiner comment. de

causae probatione stipulatoris. Berlin 1858. Dernburg Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 504 fg. Die gemeinrechtliche Prozeßpraxis aber neigte sich dahin, eine Klage, die sich einfach nur auf Versprechen einer Leistung ohne nähere Bezeichnung des Vertragsverhältnisses gründet, als nicht gehörig substantiirt abzuweisen. [Die Dogmengeschichte dieser und der in §. 232. A. 4. erwähnten Frage sind untrennbar, weil die Aelteren bei nudum pactum bald an ein formloses, bald an ein abstractes Versprechen dachten.] So wird denn von Manchem als Regel für das heut. R. behauptet, daß nur durch einen materiell individualisirten Schuldvertrag eine Forderung begründet werde, wovon nur gewisse Formalcontracte des heutigen Rechts (Wechsel, Anweisung, Inhaberpapier) eine Ausnahme machen. Heimbach in Linde's Ztschr. N. F. XIII. 3. Sintenis a. a. O. Schlesinger z. L. v. d. Formalcontracten und d. quer. non num. pecun. Leipzig 1858. [Leonhard Irrthum S. 246 fg.]; anders Schloßmann S. 21 fg. 42 fg. 87 fg. Andre aber erkennen überhaupt einseitige Schuldversprechen als möglich an, welche in Abstraction von jeder causa obligandi eingegangen, ohne weiteres die Schuldklage zu begründen vermögen, und stellen mit Rücksicht darauf, im Gegensatz gegen sog. materielle Verträge, einen neuen Begriff von Formalcontracten („formellen", „negativ formellen Contracten") auf, unter welche sie insbesondere das Schuldbekenntniß subsumiren. Bähr Anerkennung bes. §. 40 fg. Brinz 1. Aufl. S. 421. [vgl. 2. Aufl. II. S. 139 fg. 567 fg.] Windscheid krit. Vjschr. I. S. 105 fg., vgl. bayer. Entw. II. Art. 21. Dagegen sind nun zwar von verschiedenen Seiten Einwendungen erhoben, insbesondere auch so viel die Bedeutung des Schuldbekenntnisses betrifft: Schlesinger [S. 129 fg. 291 fg.]. Voigt a. a. O. S. 509 fg. Bruns Ztschr. für Rechtsgeschichte I. S. 110 fg. [Klein. Schrift. I. S. 294 fg.]. Hesse über das Wesen und die Arten d. Verträge des heut. R. R. 1868. (H. läugnet, daß es im heut. R. R. noch formelle Verträge gebe). (Schletter's Jahrb. XIII. S. 99 fg. Bechmann krit. Vjschr. XI. S. 133 fg.: „wissenschaftlich ... ohne alle Bedeutung"). Schloßmann S. 73 fg. Indessen ist in der That kein haltbarer Grund abzusehen, warum nicht nach Beseitigung der römischen Stipulation der einfach erklärte Wille, Schuldner zu werden, an sich eben so wie jene zur Begründung einer Obligatio genügen sollte, wenn auch die Möglichkeit der Anfechtung wegen Mangelhaftigkeit der Causa vorbehalten bleibt. Savigny Obl. II. §. 77. 78. Arndts a. a. O. S. 223. 237 fg. [civ. Schr. I. S. 362. 375 fg.] Rudorff zu Puchta §. 257. not. g. Vgl. auch Witte Bereicherungsklagen S. 248 fg. Was jedoch den Beweis betrifft, so hat man in L. 25. §. 4. D. de probat. 22. 3. (vgl. damit L. 13. Cod. de non num. pec. 4. 30.) den Satz gefunden, daß eine Urkunde über ein Versprechen, die nicht den Verpflichtungsgrund angibt (cautio quae indiscrete loquitur, sog. *cautio indiscreta*), zum Beweise der Schuldverbindlichkeit nicht genüge. Allein diese Stelle bezieht sich nur auf den Fall, wenn ein urkundlich bescheinigtes Versprechen als indebite gegebenes angefochten wird; sie schließt auch nicht die Beweiskraft eines allgemein lautenden Schuldbekenntnisses aus und steht nicht entgegen der Wirksamkeit eines damit verbundenen oder darin enthaltenen Zahlungsversprechens bezüglich der darin anerkannten Schuldverbindlichkeit. Schlesinger a. a. O. S. 47 fg. 136 fg. Windscheid a. a. O. S. 189 fg. und Pand. §. 318. 319. vgl. mit §. 412b. A. 2. Bruns a. a. O. S. 128 fg. [Klein. Schr. I. S. 311 fg.] Unger a. a. O. S. 209 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 311.] Vgl. einen neuen Erklärungsversuch der L. 25. §. 4. cit. von Schloßmann S. 3..21., überhaupt aber zudem H. Witte: „Die bindende Kraft des Willens u. s. w." in d. krit. Vjschr. VI. 13. S. 330 fg. vgl. mit desselben Vf. Abh. über „die bindende

Kraft des Willens im altdeutschen Obligationenrecht" in d. Zeitschr. für Rechtsgesch. VI. S. 448 fg., auch Platner im civ. Arch. L. S. 214 fg. Spaltenstein das specifisch juristische Geschäft im röm. Obligationenrecht. 1876. [vrbr. Eisele in d. krit. Vjschr. XX. S. 8 fg. — Karlowa Rechtsgeschäft S. 227 fg. 232 fg. 254 fg. Stobbe Handb. III. §. 167. Karsten die Bedeutung der Form im Obl.R. I. Die röm. Lehre v. d. Stipulation. 1878. (vrbr. Schwanert in d. Jen. Litztg. 1879. Nr. 6.) Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 15. Hruza Novat. §. 7. Rocholl Rechtsfälle aus d. Praxis d. Reichsgerichts. I. 11. S. 257 fg.]

## §. 234.

Je nachdem einem Vertrage die Absicht einer Vergeltung für Gewährung eines Vortheils von der andern Seite zum Grunde liegt, oder nur die Absicht, einen Vortheil ohne Vergeltung zu gewähren, theilt man die Verträge ein in entgeltliche oder lästige (onerose), und unentgeltliche oder wohlthätige (lucrative) Verträge[1]. Auch ein einseitiger Vertrag, der nur auf einer Seite eine Verpflichtung erzeugt, kann ein oneroser sein, wie das verzinsliche Darlehen[1a], und ein lucrativer kann dieses vom entgegengesetzten Standpunkte sein, als von welchem er als einseitiger erscheint, z. B. das unverzinsliche Darlehen, oder das Commodatum. Zweiseitige (oder gegenseitige) Verträge sind zugleich wesentlich lästige Verträge. Sie sind ihrem Wesen nach darauf gerichtet, zugleich für beide Theile eine Forderung und eine Verbindlichkeit zu begründen, und enthalten also zwei einander entsprechende gegenseitig angenommene Versprechen[1b]. Die beiderseitige Verbindlichkeit wird an sich durch den gegenseitigen Vertrag selbst begründet. Aber jede ist nur auf eine Leistung gegenüber einer Gegenleistung gerichtet, und wer nun Erfüllung von der andern Seite fordert, muß auch seinerseits erfüllt haben oder zur Erfüllung bereit sein[a]: widrigenfalls steht ihm die Einrede unbilligen Begehrens, doli exceptio[b], entgegen, die sog. exceptio *non adimpleti contractus* oder non rite adimpleti contractus, es möchte denn durch ausdrückliche Bestimmung oder durch den besondern Inhalt des Vertrags für den einen eine spätere Erfüllungszeit als für den andern gegeben sein[c]; wobei den Beweis der geschehenen Erfüllung (nach §. 114.) der Kläger zu führen hat, sofern die Entstehung seiner Verbindlichkeit aus demselben Vertrage, auf den sich die Klage gründet, unstreitig ist[2]. Uebrigens kann ein gegenseitiger Vertrag zunächst für einen Theil wegen dessen mangelnder Fähigkeit, sich zu verpflichten[d], oder

[a] L. 13. §. 8. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 25. D. l. c. L. 5. §. 4. D. de doli exc. 44. 4. L. 5. Cod. de evict. 8. 44 (45). cf. Gai. IV. 126 a. [c] L. 24. §. 2. D. locati. 19. 2. [d] pr. J. de auct. tut. 1. 21. L. 5. §. 1. D. de auct. tut. 26. 8. L. 13. §. 29. D. de act. emti. 19. 1. L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18. 5.

auch aus objectiven Gründen unverbindlich*, gleichwohl aber für den andern bindend sein (sog. hinkendes Geschäft, negotium *claudicans*[3]). Aber auch alsdann kann jener sein Recht aus dem Vertrag nicht geltend machen, ohne auch seinerseits die entsprechende Verbindlichkeit anzuerkennen, und hängt somit die Wirksamkeit und der Bestand des ganzen Vertrages schließlich von der Entscheidung des nicht gebundenen Contrahenten ab[4]. Ein gleiches Verhältniß kann nun auch durch bedingte Eingehung eines gegenseitigen Vertrags begründet werden, indem der eine Theil zwar sich bindet, der andere aber die bindende Kraft des Vertrages und somit dessen Vollendung noch von seiner, etwa in bestimmter Frist abzugebenden, endlichen Erklärung abhängig macht, wornach denn durch die letzte der Vertrag als beiderseitig bindender sofort unbedingt geschlossen ist, in Ermangelung derselben aber ganz zusammenfällt[5].

Anm. [[1] Anders sucht Hruza Novation §. 15. den Begriff der Entgeltlichkeit zu bestimmen. Es komme nur auf den Standpunkt des Empfängers, und nicht des Zuwendenden an; wer conditionis implendae causa empfängt, erwirbt lucrativ, obwohl der Zuwendende es gegen Entgelt thue. Ferner müsse man statt des wirthschaftlichen einen juristischen Standpunkt einnehmen; von diesem aber erscheine auch das unverzinsliche Darlehen als entgeltlich.]

[1a] [Dies ist verkannt im §. 864. östch. a. bgl. G.B.]

[1b] Die causa promittendi für jedes der beiden Versprechen liegt hier in dem Gegenversprechen. Allerdings aber kann die Eingehung des zweiseitigen Vertrags auch noch durch eine außerhalb desselben liegende causa motivirt sein, deren Mangelhaftigkeit denn auch auf die Wirksamkeit desselben zurückzuwirken vermag. L. 49. §. 8. 9. L. 66. D. de legat. I. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.

[2] Ueber diese Frage gibt es eine umfangreiche, wenig fruchtbare Literatur. Vgl. Glück XVII. S. 228 fg. Heerwart im civ. Arch. VII. 18. XIV. 9. XVIII. 15. Schenck das. XVII. 4. 9. XX. 15. Treitschke das. XXII. 11. Sintenis in Linde's Ztschr. XVI. 7. XVII. 5. Holzschuher III. §. 243. S. 357 fg. „Hätte man sich, statt an den selbsterfundenen Namen (exc. non impleti und non rite impleti contractus), an die Sache gehalten, so wäre unsere Literatur mit einer ziemlichen Anzahl unnützer Schriften verschont geblieben.“ Puchta Vorles. II. §. 232. a. E., vgl. Vangerow §. 607. Dagegen wieder Keller in Bekker's Jahrb. IV. 11. Pand. §. 243., mit diesem Tiktin de natura bilateralium obligationum. Berol. 1867. §. 5. 6., gegen ihn W. A. Puchta in Bekker's Jahrb. V. 5. und Bekker das. V. 6. Windscheid §. 321. A. 2..7. Vgl. auch noch H. Gerber z. Lehre v. Klaggrunde und der Beweislast. Jena 1858., und darüber krit. Vierteljahrsschr. I. S. 130 fg. Unger über den revid. sächs. Entw. S. 72. Ueber die Praxis: Seuffert's Arch. I. 39. 199. II. 276. III. 153. V. 8. 147. 308. VI. 169. VII. 115. 295. IX. 216. X. 107. XI. 193. 146. XII. 141. XIV. 129. XV. 14. 213. Busch S. 118 fg. prakt. Arch. V. S. 286 fg. 427 fg. — F. Zimmermann über d. Statthaftigkeit der sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegen die actio pro socio, im civ. Arch. LIV. 12. [Bruck Be-

* L. 34. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1.

weislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874. drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XVII. S. 115 fg. Vgl. noch Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 46. 150. Nr. 1. b.]

3 L. 13. §. 29. D. 19. 1. Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. pr. J. 1. 21. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, . . . si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, ad invicem pupilli non obligantur. L. 5. §. 1. D. 26. 8. Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est. [Guergens de contractibus claudicantibus. 1863.]

4 L. 34. §. 3. D. 18. 1. Si emtor solus scit (rem furtivam esse), non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet. L. 7. §. 1. D. 18. 5. „. . . an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant." Vgl. Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 149 fg. Vangerow I. §. 279. Dernburg Compensation §. 10. Nicht richtig die erste Ausgabe mit Savigny III. S. 40. IV. S. 541. und Puchta §. 67. not. d. §. 232. not. a.: „die Existenz des Vertrages hängt von der Entscheidung des nicht gebundenen Contrahenten ab; er ist nur bedingt (relativ) nichtig". Gegen den nichtgebundenen Contrahenten gibt das R. R. keinesfalls die Contractsklage. Vgl. jedoch wieder Mommsen Beitr. III. S. 419 fg.; dagegen aber Keller a. a. O. S. 352. 358 fg. Tiktin l. c. §. 12..16. Windscheid Pand. §. 93. A. 1. §. 321. A. 22. 23. — Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund, §. 9. „das sog. hinkende Geschäft", S. 75..81. Hofmann Entsthgsgrde. S. 37. [Unger in d. Wiener Ztschr. I. S. 366 fg. Paris in d. Beitr. z. Erläut. d. d. R. XXIII. S. 336 fg. Kohler in d. Wien. Ztschr. VII. S. 742. Wächter I. S. 434 fg.]

5 Nach heutigem Recht kann es keinen Zweifel leiden, daß der eine Theil z. B. an Verkauf oder Verpachtung auf bestimmte Bedingungen sich binden kann, während es noch in des andern Theils Belieben gestellt ist, ob das Geschäft definitiv zu Stande komme. Mindestens als pactum de contrahendo müßte ein solcher Vertrag wirken, wie nach R. R. eine darauf gerichtete Stipulatio (§. 231. 232. A. 4.). Aber schon das R. R. erkennt ihn auch ohne Stipulatio an, und zwar als bedingt abgeschlossenen Consensualcontract; §. 4. J. de emt. vend. 3. 23.; und dieser Gesichtspunkt ist festzuhalten: durch die rechtzeitig erfolgte Erklärung des Anfangs nicht gebundenen Contrahenten wird für diesen nicht erst ein Anspruch auf Abschließung des Contracts begründet, sondern dieser sofort als unbedingter zum Abschluß gebracht. Vgl. Windscheid a. a. O. und Ihering in den dogm. Jahrb. VII. S. 178. [Wendt Reurecht und Gebundenheit. II. §. 5.], aber noch unten §. 301. A. 5.

## §. 235.

Es gibt eine Reihe von obligatorischen Verträgen, deren Wesen und Inhalt im Allgemeinen durch einen bestimmten juristischen Begriff, dem auch ein bestimmter Name entspricht, gegeben, und deren Wirkung auch durch allgemeine Rechtsvorschriften geregelt und durch besonders benannte Klage geltend zu machen ist, wenn gleich Abweichungen von

der Regel beliebt werden können (§. 65). Es sind aber außerdem Verträge von unbegränzter Manchfaltigkeit des Inhalts denkbar, die unter bestimmte Begriffe zu stellen unmöglich ist. Man kann diese noch jetzt unbenannte Contracte und die daraus entstehende Klage *praescriptis verbis actio* nennen. Aber keineswegs ist dafür die eigenthümliche Theorie des römischen Rechts über contractus innominati jetzt noch maßgebend. Vielmehr erzeugen nun alle diese Verträge, gleich den römischen Consensualcontracten, sofort durch die beiderseitige Einwilligung gegenseitige klagbare Verbindlichkeiten zur Erfüllung der verabredeten Leistungen, mit Ausschließung willkürlichen Aenderns oder Abgehens vom Vertrage, soweit nicht dessen besonderer Inhalt in dieser Beziehung besondere Rechte begründet.

Anm. Ueber eine hieher gehörige neuere Schrift: Accarias théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis. Paris 1866., berichtet A. Pernice in d. krit. Vjschr. X. S. 68..123. — Betreffend den Inhalt der unbenannten Contracte im heutigen Sinn, aber auch ebenso aller lästigen Verträge, kann man noch jetzt unterscheiden nach L. 5. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.: Aut do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias. Allein nach R. R. entsteht erst durch das dare oder facere einerseits eine klagbare Forderung auf das dare oder facere andrerseits. Zudem hat derjenige, qui dedit aut fecit, wenn der andere Theil seine Gegenleistung nicht erfüllt, auch das Recht, statt auf deren Erfüllung zu klagen, nach seiner Wahl das Geleistete, soweit eine Rückerstattung möglich ist, zurückzufordern, durch condictio causa data causa non secuta, L. 5. §. 1. D. l. c. cf. L. 7. eod. und zwar, wenigstens in gewissen Fällen, nach der früher herrschenden Ansicht sogar regelmäßig selbst dann, wenn der andere seine Leistung noch nicht widerrechtlich verzögert hat (vermöge des ius *poenitendi*): L. 3. §. 2. L. 5. D. de cond. causa data. 12. 4. Vangerow III. §. 599. Erxleben die condictiones sine causa II. S. 11 fg. Voigt die cond. ob causam S. 681 fg. 736 fg. Pernice a. a. O. S. 118. [Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft I. Die cond. ex poenitentia. 1878. bes. §. 4. (drbr. Eck in der Jen. Litztg. 1878. Nr. 31. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XX. S. 409 fg.) Manns d. Pönitenzrecht. Eine byzant. Compilation (1879. 2. vermehrte Aufl. 1880.), der alle das ius poen. betreffenden Quellenäußerungen für interpolirt hält. (Drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 210 fg.) Brinz 2. Aufl. §. 299. 319. Vgl. noch Wendt in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 381 fg.] Dies fällt nun nach heutigem Recht (§. 232.) der Regel nach weg, sobald beide Theile sich zu bestimmten Leistungen bindend verpflichten wollten. Doch haben Viele die Fortdauer dieses Rechts in der ersten Anwendung, Einige selbst in der letzten Anwendung als ius poenitendi behauptet z. B. Schmitthenner über Verträge, insbesondere das Reurecht, Gießen 1881. S. 155 fg. Meyer zu Schweppe's Hdb. III. §. 496. [S. auch Brinz 2. Aufl. II. S. 139.] Vgl. dagegen u. a. Vangerow §. 599. a. E. Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis. Tübing. 1822. [Pand. II. S. 349.] Allerdings aber kann eine Leistung und selbst die Verpflichtung zu einer Leistung noch jetzt den Sinn haben, daß diese nur einer Gegenleistung wegen, zu welcher

eine klagbare Verbindlichkeit nicht contrahirt wird, geschehe, als ein datum ob causam futuram, welches causa non secuta zurückgefordert werden kann. Namentlich wird, wenn die verabredete Gegenleistung von Anfang an ohne Interesse für den einen Contrahenten ist, des letzten Leistung nur als ein solches datum ob causam zu betrachten sein und ist insofern noch anwendbar die L. 7. D. 19. 5.: Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris: confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas. Vgl. auch Windscheid Voraussf. S. 164. Pand. §. 321. A. 12. Erxleben a. a. O. S. 473 fg. — Der römischen Theorie der unbenannten Contracte, mit Ausschluß des ius poenitendi, aber in Anwendung auf alle gegenseitigen Verträge, schließt sich der allgemeine Grundsatz des Cod. Nap. art. 1184 an: La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas, où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. [Dagegen österr. b. G.B. §. 919.] Vgl. den bayer. Entw. II. Art. 138. 139. und darüber Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 178 (civ. Schr. III. S. 511) fg.

## §. 236.

Der Inhalt eines Schuldvertrages kann so beschaffen sein, daß es von ungewissen Umständen abhängt, ob er im Erfolg einem Contrahenten Verlust oder Vortheil bringe. Ein solcher Vertrag heißt ein gewagter (aleatorischer) Vertrag, oder Glücksvertrag. Diesen Charakter kann ein Vertrag erhalten 1) durch die Ungewißheit des Gegenstandes, welcher einem Contrahenten als Gegenleistung für eine bestimmte Leistung zugesagt wird, z. B. bei der emtio *spei* oder *rei speratae*[a]; 2) durch die Ungewißheit eines Ereignisses, von welchem die Gegenleistung gegen eine unbedingte Leistung abhängt, z. B. beim sog. Ausspielgeschäfte; 3) durch Verpflichtung zu einer verhältnißmäßig schwereren Leistung, unter zufälliger Bedingung, gegen eine sichere Leistung von geringerer Bedeutung, wohin die Versicherungsverträge* gehören; 4) durch beiderseitige Verpflichtung zu Gewährung eines Gewinns unter Bedingungen, von denen ungewiß ist, ob sie zu Gunsten des einen oder andern sich entscheiden werden; dahin gehören Gewinnspiele (ludi aleatorii) und Wetten (sponsiones). Die letzten sind verbindlich, sofern sie nicht Unsittliches enthalten oder ein unerlaubtes Geschäft verdecken[b]. Spielverträge aber erzeugen nach römischem Recht keine Klage; vielmehr kann die bezahlte Spielschuld zurückgefordert werden; ausgenommen solche Spiele, die zur Uebung des Muthes und körperlicher Gewandtheit dienen, mit mäßigen Gewinnsätzen[c].

[a] L. 8. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 7. 11. D. de hered. vel act. vend. 18. 4. L. 11. in f. L. 12. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 17. §. 5. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. §. 6. J. de V. O. 3. 15. [c] L. 2. §. 1..L. 4. D. de aleatoribus. 11. 5. cf. L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio non datur. 44. 5. L. 1..3. Cod. de aleatoribus. 3. 43.

[* Vgl. Laband die jurist. Natur der Lebens- und Rentenversicherung, in der Straßburger Festgabe zu Thöl's Jubiläum 1879. Brinz Pand. 2. Aufl. II. Nr. 307 a. Kraewel Rechtl. Folgen der Unfallversicherung bei eigenem Verschulden des Versicherten. Selbständiges Klagerecht des versicherten Arbeiters, in Böhlers Mag. II. S. 115 fg. Steinbach die Stellung der Versicherung im Privatrecht. 1883. Bütow die Versicherung auf Gegenseitigkeit. 1883.]

Anm. [1] Puchta §. 258. erklärt gleich Spielen auch Wetten für unverbindlich, da jene nichts anderes als Complexe zusammenhängender Wetten seien. [Vgl. auch österr. b. G.B. §. 1272.] Dagegen Vangerow III. §. 678. Windscheid II. §. 322. 419. 420. vgl. Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht. VIII. 8. (S. 200 fg.) [Stobbe Handb. III. §. 193 fg.] Arndts in der österreich. Gerichtszeitung Jahrg. 1861. Nr. 101. 102. (civ. Schr. I. 24.) [Bruck über Spiel und Wette. 1868. Krügelstein über den begriffl. Unterschied v. Spiel und Wette. 1869. Dernburg Preuß. Priv.R. II. §. 158 fg. Heinzerling im prakt. Arch. n. F. XI. S. 109 fg. Brinz Pand. 2. Aufl. II. S. 556 fg.]

[2] L. 1..3. Cod. 3. 43. sind nicht glossirt; doch werden sie gewöhnlich als noch anwendbar angeführt, da die Unverbindlichkeit der Gewinnspiele auch in den Digesten anerkannt ist. Wenn aber dieses auch auf die besondere Verjährungszeit von 50 Jahren für Rückforderung gezahlter Spielschulden ausgedehnt wird (L. 3. Cod. cit. vgl. §. 108. A. 1. a. E.), so läßt sich dafür ein entschiedener Gerichtsgebrauch gewiß nicht nachweisen. Uebrigens sind auch abgesehen davon in Betreff der Frage, inwieweit die Bestimmungen des R. Rechts heutzutage noch zur Anwendung kommen können, die Meinungen sehr verschieden. Vgl. Phillips deutsches Privatrecht. §. 81. Wilda a. a. O. II. 6. [S. 133 fg.] Holzschuher (3. Aufl.) III. S. 39. 326. 965 fg. Gerber deutsches Privatrecht §. 193. „Dem vielfach bezeugten deutschen Rechtsbewußtsein entspricht die Aufstellung des Grundsatzes, daß zwar die Rückforderung bezahlter Spielschulden unzulässig, dagegen aber auch die Klage auf Zahlung noch nicht berichtigter Spielschulden ausgeschlossen sei." So das österr. Gstzb. §. 1271. 1272. und das preuß. Ldr. I. 11. §. 577. 578. Vgl. hess. Entw. IV. 2. Art. 560 fg., sächs. Gstzb. §. 1480 fg. bayer. Entw. II. Art. 768 fg. [Strafbarkeit verbotener Glücksspiele und Lotterien: R.Str.G.B. §. 284..286. — H. M. Schuster das Spiel, seine Entwicklung und Bedeutung im deutschen Recht. Wien 1878. (vrbr. Maurer in d. krit. Vjschr. XXI. S. 212 fg.; s. auch Rassow's Beitr. XXV. S. 153 fg.) F. Endemann Beitr. z. Geschichte der Lotterie u. z. heut. Lotterierecht. 1882. (vrbr. Völderndorff in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 303 fg.). Waag rechtl. Natur des Ausspielgeschäftes und die Frage v. d. Gewährleistung für Fehler dabei, in d. dogm. Jahrb. XXI. 4. S. 393 fg.]

c) Mängel des Willens bei Verträgen.

## §. 237.

Das Dasein und der Inhalt eines Schuldvertrags wird durch den übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden bestimmt. Es ist also vor allem ernstlicher und wirklicher Wille beider Theile erforderlich[a]. Daher ist ein simulirter Vertrag kein wirklicher[b] oder wenigstens nicht

[a] L. 5. Cod. plus valere quod ag. 4. 22. [b] L. 3. §. 2. L. 54. D. de O. et A. 44. 7. L. 55. D. de contrah. emt. 18. 1.

derjenige, der scheinbar abgeschlossen ist[c], obgleich einseitiges Vorgeben nicht erkennbar gemachter Simulation die Wirkung der ernstlich erscheinenden Willenserklärung nicht schmälern kann. Ist der Wille eines Contrahenten durch Zwang bestimmt worden, so besteht zwar ein Vertrag, aber der Gezwungene kann denselben, von wem auch der Zwang herrühre[d], als unwirksam behandeln und das unter Einwirkung gerechter Furcht Geleistete wieder erlangen[e]. Gleicherweise kann den Vertrag als unverbindlich anfechten, wer durch Betrug (dolus) des andern Contrahenten[f] zur Eingehung[1] desselben verleitet worden ist[g]. Doch kann der verletzte Contrahent auch, sowohl in diesem Falle, als wenn der Fehler nur theilweise den Inhalt des Vertrags betrifft, seinen Anspruch auf bloße Entschädigung beschränken, ohne den Vertrag im Ganzen umzustoßen[h]. Die Rechtsmittel, die ihm zu Gebote stehen, sind nach Verschiedenheit der Fälle die actio oder exceptio quod metus causa, die exceptio doli, oder die Klage aus dem Contract. Ein Irrthum in den Beweggründen hat, abgesehen von dem Falle des Betrugs, keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrags[i], sofern er nicht das Dasein des eigentlichen Verpflichtungsgrundes betrifft (§. 233.). Aber der Irrthum eines oder beider Contrahenten kann von solcher Beschaffenheit[2] sein, daß er den Vertragswillen des einen oder andern, oder die Uebereinstimmung des Willens beider und daher das Dasein eines wirklichen Vertrages ausschließt[k].

Anm. [1] Ueber die sonst gangbaren Meinungen bezüglich der vernichtenden Wirkung des dolus oder metus (causam dans) bei den contractus bonae fidei vgl. Savigny III. §. 114. 115. Puchta §. 56. 57. Vangerow III. §. 605. A. 1. 2. Windscheid I. §. 78. 80. [Schliemann L. vom Zwange. §. 17. Wächter II. §. 187. und Beil. — Zu diesem §. und den beiden folgdn. vgl. Mobberman's in §. 231. A. 1. cit. Schrift.]

[[2] „Der Irrthum kann ein Beweismoment mangelnder Einwilligung sein." Wächter II. S. 369. S. noch Bruns Kl. Schr. II. S. 478 fg. — Leonhard Irrthum S. XVI. sieht „den Hauptschlüssel der Irrthumslehre in dem Satze, daß der Irrthum in zwei Fällen nichtige Verträge nach sich zieht, einmal, wenn die Vertragserklärungen sich nicht unter einander decken (dissensus), und zweitens, wenn ein Um-

[c] L. 36. D. l. c. L. 2. 3. Cod. l. c. (§. 60.). [d] L. 14. §. 3. D. quod met. 4. 2. L. 4. §. 33. D. de doli m. et met. exc. 44. 4. cf. L. 9. §. 1. in f. D. quod met. 4. 2. [e] L. 3..5. 7. 8. 12. eod. cf. L. 10. Cod. de his quae vi. 2. 19 (20). L. 13. pr. §. 1. (L. 13.) Cod. de transact. 2. 4. L. 1. 8. Cod. de rescind. vend. 4. 44. cf. L. 116. pr. D. de R. J. [f] L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. [g] L. 11. §. 5. L. 13. §. 27. D. de act. emti. 19. 1. L. 23. D. locati. 19. 2. L. 5. 8. 10. Cod. l. c. 4. 44. L. 10. Cod. de distract. pign. 8. 27 (28). L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. α) L. 7. pr. D. de dolo. 4. 3. L. 3. §. 3. D. pro socio. 17. 2. β) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. D. de contrab. emt. 18. 1. L. 36. D. de dolo. 4. 3. L. 4. §. 13. D. de doli exc. 44. 4. L. 154. D. de R. J. [h] L. 43. §. 2. L. 68. §. 1. 2. D. de contrab. emt. 18. 1. L. 4. pr. L. 6. §. 9. L. 13. §. 4. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. 9. pr. D. de dolo. 4. 3. (§. 62. not. f.). [i] L. 65. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 3. §. 7. D. de cond. causa data. 12. 4. [k] L. 57. D. de O. et A. 44. 7.

stand nicht wahr ist, welchen die Contrahenten für wahr halten, aber doch stillschweigend zur Geschäftsbedingung machen". S. 287: „Die Erheblichkeit des Irrthums über einen Umstand für die Giltigkeit eines Vertrages hängt nicht von der Beschaffenheit dieses Umstandes ab, sondern von der Bedeutung, welche die Parteierklärungen ihm beilegen." S. 512: „Erheblich sind die Irrthümer eines Contrahenten über solche Umstände, deren richtige Vorstellung in einer dem Mitcontrahenten erkennbaren Weise als unerläßliche Vorbedingung der Giltigkeit des Vertrages bezeichnet worden ist." S. 570: „Wesentlich ist der Irrthum, dessen Abwesenheit zur erkennbaren Geschäftsbedingung gemacht worden ist." S. noch S. 264. 348 fg. 363 fg. (Erheblichkeit des nicht erkennbaren Einzelirrthums bei einseitig belastenden Geschäften, §. 239. not. b.) 380 fg. Darüber und dagegen aber nun Lotmar krit. Vjschr. XXVI. S. 220 fg. Vgl. noch oben §. 63. A. 2.]

## §. 238.

Wegen Mangels der Willensübereinstimmung, der ein Mißverständniß unter den Vertragschließenden voraussetzt, ist der Vertrag nichtig: 1) wenn der eine ein Rechtsgeschäft anderer Art im Sinne hat, als der andere[a]; jedoch kann, wer schenken wollte, das in anderer Meinung Angenommene nicht zurückfordern, nachdem es verbraucht ist[b]; 2) wenn der Wille beider nicht auf denselben Gegenstand gerichtet ist (error in corpore), es sei nun, daß sie verschiedene individuelle Sachen[c] oder verschiedene Gattungen oder verschiedene Quantitäten derselben Gattung[d] im Sinn haben, nicht auch, wenn sie bloß in Betreff des Namens[e] oder in Betreff des Zubehörs derselben Hauptsache[f] verschiedener Meinung sind; bei einem Mißverständniß über Summe oder Quantität jedoch ist, mit Beschränkung auf den geringeren Betrag, das einseitige Versprechen immer gültig[g], der gegenseitige Vertrag nur dann, wenn derjenige, welcher die Gegenleistung verspricht, den geringeren Betrag will[h].

[Anm. Vgl. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft. S. 419 fg.; insbes. über Irrthum rücksichtlich der Quantität: S. 593 fg.; Irrthum über Nebensachen: Wächter II. S. 370. — Leonhard Irrthum S. 166 fg. 338 fg. 398 fg. 424 fg. 466 fg.]

## §. 239.

Der Irrthum[1] eines oder beider Contrahenten (einseitiger oder zweiseitiger Irrthum) kann als wesentlicher die Wirkung des Vertrags hindern: 1) wenn er die Identität der Person des andern Contrahenten betrifft, vorausgesetzt, daß man nur mit derjenigen Person,

[a] L. 9. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 18. D. de reb. cred. 12. 1. [b] L. 18. cit. [c] L. 9. pr. §. 2. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. D. de V. O. 45. 1. §. 23. J. de inutil. stip. 3. 19. (§. 145. not. b.). [d] L. 52. D. locati. 19. 2. [e] L. 9. §. 1. cit. L. 32. D. de V. O. [f] L. 34. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [g] L. 1. §. 4. D. de V. O. [h] L. 52. cit.

wofür man jenen hielt, den Vertrag eingehen wollte[a]; 2) wenn der Irrthum in Voraussetzung einer Eigenschaft des Vertragsgegenstandes besteht, vermöge deren dieser nach den herrschenden Begriffen zu einer andern Art von Sachen zu rechnen wäre, als wozu er wirklich gehört[2], wobei es jedoch darauf ankommt, ob jene Voraussetzung auch für den Irrenden bestimmend war, den Vertrag so einzugehen, wie er vorliegt, z. B. bei einseitigem Versprechen, wenn der Versprechende die Sache für eine minder werthvolle, bei zweiseitigen Verträgen, wenn dieselbe entweder der Empfänger für eine werthvollere oder der Geber für eine minder werthvolle gehalten hat[b]; 3) wenn bei gegenseitigem Vertrage die Sache, welche Gegenstand der einen Leistung ist, von beiden Contrahenten für unversehrt gehalten wird, während sie in der That schon zur Zeit dem größern Theil nach zerstört ist; in diesem Fall ist nämlich derjenige, welchem sie zu leisten wäre, an den Vertrag nicht gebunden, der dagegen im Fall völliger beiden Theilen unbekannter Zerstörung[c] wegen mangelnden Gegenstandes von selbst nichtig ist[2a]. Außerdem kann wegen Irrthums in Betreff der Eigenschaften oder des Umfangs eines Vertragsgegenstandes oder wegen Unredlichkeit des einen Contrahenten nach Verschiedenheit der Umstände ein Anspruch bald auf verhältnißmäßige Minderung der Gegenleistung, bald auf Auflösung des Vertrags, bald auf Leistung des Interesse begründet sein[d].

Anm. [1] Ueberhaupt vgl. Richelmann der Einfluß des Irrthums auf Verträge. 1837., vorzüglich aber Savigny III. §. 135..139. und Vangerow §. 604. Windscheid I. §. 76. 77. Wächter Württ. Pr.R. II. §. 102. [Pand. II. S. 371 fg. Mommsen Erörterg. II. S. 102 fg. Zitelmann Irrth. u. Rechtsgesch. Dritter Abschnitt. S. 433 fg.] vgl. oben §. 62. Ueber Irrungen im Contrahiren s. Bähr in den dogm. Jahrb. XIV. 9. [und jetzt G. Hartmann Wort und Wille im Rechtsverkehr in d. dogm. Jahrb. XX. 1.]

[2] Beispiele, die in den Quellen vorkommen: Irrthum über das Geschlecht bei einem Sklaven, Verwechslung von Wein und Essig, von Bronze und Gold, von Blei oder anderem unedlen Metall und Silber. Vgl. die Stellen in not. b., insbesondere a) L. 9. §. 2. D. 18. 1. (Ulp.) Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, utputa, si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit . . . emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope

[a] L. 32. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 52. §. 21. L. 67 (66). §. 4. D. de furtis. 47. 2. — L. 26. D. de donat. 39. 5. [b] L. 9. §. 2. L. 10. 11. §. 1. L. 14. 41. §. 1. L. 45. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 58. eod. L. 21. §. 2. D. de act. emti. 19. 1. — L. 22. D. de V. O. 45. 1. L. 1. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [c] L. 1. §. 9. D. de O. et A. 44. 7. L. 57. 58. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 44. eod. L. 34..36. 38. §. 13. 14. D. de aedil. ed. 21. 1. [d] L. 57. cit. L. 62. §. 1. D. eod. cf. Dig. de aedil. ed. 21. 1.

οὐσία est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit, ut embamma (*cum ego emebam?*), aliud pro alio venisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. L. 10. eod. (Paul.) Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret; tunc enim emtio valet. L. 14. eod. (Ulp.) . . . utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit; nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio; si autem aes pro auro veneat, non valet. L. 41. §. 1. eod. (Julian.) Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emtio pecuniaque eo nomine data condicetur. b) L. 45. eod. (Marcian.) Labeo . . . scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emtori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Julianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit, quemadmodum si (vas?) aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet. c) L. 21. §. 2. D. 19. 1. (Paul.). Quamvis supra diximus, quum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse (*non esse?*), tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt. d) L. 22. D. 45. 1. (Paul.). Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. — Savigny und Vangerow a. a. O. [Abweichende Ansichten: Zitelmann a. a. O. bes. S. 490 fg. 549 fg. 564 fg. Pfersche z. L. v. sog. error in subst. 1880. (vrbr. Tewes in d. Wiener Ztschr. VIII. S. 335. Burckhard in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 56.) Bruns kl. Schrift. II. S. 484 fg. Gardeike Verträge unter Abwesenden S. 103 fg. Hartmann a. a. O. S. 48 fg. Leonhard Irrthum S. 436 fg. Hanausek die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare I. (1883.), bes. S. 1 fg.]

[2a Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 581 fg. Note 575.]

3 Ueber die Frage, ob es in den Fällen dieses §. auf die Entschuldbarkeit des Irrthums ankomme, vgl. Savigny S. 263. 264. „Die unabsichtliche Erklärung ohne Willen beruht darauf, daß der Handelnde ein gültiges Rechtsgeschäft einzugehen glaubt, in der That aber dasjenige, was zu einem solchen nöthig wäre, nicht will... Es folgt daraus, daß hier der Irrende frei von jeder Verbindlichkeit bleibt, ohne Unterschied, ob er diesen Irrthum leicht vermeiden konnte oder nicht." Vgl. Windscheid Pand. I. §. 76. A. 1..3. Seuffert's Arch. VII. 19. IX. 141. Eine andere Frage ist es, ob nicht ein Verschulden in dieser Beziehung die Verbindlichkeit zum Ersatz des Schadens begründe, welcher dem Andern durch das nichtige Geschäft verursacht wird? Vgl. oben §. 231. A. 2. e. f. [Wächter Pand. II. S. 374. Leonhard a. a. O. S. 518 fg.]

## §. 240.

### d) Bestärkung der Verträge.

Ein Vertrag kann eine besondre Bestärkung erhalten:

1) durch Eid (§. 115.). Nach römischem Rechte zwar gibt dieser

dem Vertrage keine größere juristische Kraft, als er ohnehin schon hätte[a], nur daß der Eid eines Mündigen die Ausschließung der Restitution wegen Minderjährigkeit begründen kann[b]. Aber eine Verordnung von Friedrich I.[c] schließt die Anfechtung selbst an sich nichtiger Veräußerungsgeschäfte im Fall eidlicher Bekräftigung aus [1], und nach den Grundsätzen des canonischen Rechts werden überhaupt Rechtsgeschäfte, welche, nicht von an sich verwerflichem oder rechtswidrigem Inhalt[d], nur nach einer positiven Rechtsvorschrift ungültig wären, als wirksam angesehen[e], wenn sie von demjenigen, zu dessen Vortheil deren Ungültigkeit gereicht, durch gültigen Eid bekräftigt sind [2];

2) durch Arrha (Handgeld, Daraufgabe), worunter dasjenige verstanden wird, was als Zeichen eines abgeschlossenen oder abzuschließenden Vertrags gegeben wird. In der Regel hat sie die erste Bedeutung[f], ist eine sog. arrha *confirmatoria*. Dann ist das Gegebene zurückzugeben, sowohl wenn der Vertrag zur Vollziehung kommt[g], als wenn er wieder rückgängig wird[h], es sei denn ein anderes, ausdrücklich oder stillschweigend [3], verabredet[i]. Ist sie in Beziehung auf einen erst abzuschließenden Vertrag gegeben (arrha contractu *imperfecto* data), so verliert sie derjenige, welcher den Vertrag abzuschließen sich weigert; ist dies der Empfänger, so muß er dieselbe in doppeltem Betrage zurückgeben[k]. Sodann kann auch

3) durch einen andern Vertrag die eingegangene Verbindlichkeit bestärkt oder deren Erfüllung gesichert werden; namentlich durch das Versprechen einer Strafe (§. 211.) und durch das sog. Constitutum, Zahlungsversprechen [4], woraus die actio de pecunia constituta oder constitutoria entsteht[l].

Anm. [1] In L. 1. Cod. 2. 27 (28). rescribirt Alexander Severus: Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque periurii me auctorem futurum sperare tibi debuisti. Ein Streit unter den Glossatoren Bulgarus und Martinus, ob dieses Rescript auch auf nichtige Veräußerung von Mündelgütern sine decreto magistratus zu beziehen

[a] L. 7. §. 16. D. de pactis. 2. 14. L. 5. §. 2 (1). Cod. de legib. 1. 14. Nov. 51. praef. Nov. 82 cap. 11. cf. α) L. 41. Cod. de transact. 2. 4. β) L. 7. pr. §. 1. 2. D. de op. lib. 38. 1. L. 36. D. de manumiss. test. 40. 4. [b] L. 1. Cod. si adv. vend. 2. 27 (28). (§. 119. not. i.). [c] Auth. *sacramenta puberum* ad L. 1. Cod. l. c. [d] cap. 1. 6. 8. 18. 20. 33. X. de iureiur. 2. 24. cap. 58. de reg. iur. in 6to. 5. 12. [e] cap. 8. 9. 15. 28. X. l. c. 2. 24. cap. 2. de iureiur. in 6to. 2. 11. cap. 2. de pactis. in 6to. 1. 18. [f] pr. J. de emt. vend. 3. 23. L. 35. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. [g] L. 11. §. 6. D. de act. emti. 19. 1. L. 5. §. 15. D. de instit. act. 14. 3. [h] L. 11. §. 6. cit. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. recedere. 4. 45. [i] L. 6. pr. L. 8. D. de lege commiss. 18. 3. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [k] pr. J. cit L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21. L. 3. Cod. de act. emti. 4. 49. [l] Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. de constituta pecunia. 4. 18.

sei, wie der letzte behauptete, gab Anlaß zu der als Authentica recipirten Entscheidung von Friedrich Barbarossa: Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per iustum metum extorta etiam a maioribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti iubemus: von welcher freilich Azo unzufrieden sagte: Durabit, quantum Deo placebit. Savigny Gesch. des R. Rechts im M.A. 2. Aufl. IV. S. 183 fg. Haenel dissensiones dominorum pag. 52 sq. 98. 583. Ueber deren Auslegung vgl. Sintenis II. §. 99. A. 1.

2 Was die Ausdehnung und heutige Anwendbarkeit des canonischen Grundsatzes betrifft, so halten Manche dafür, er sei durch den Wegfall der geistlichen Gerichtsbarkeit ganz beseitigt, Keller §. 226., oder wollen wenigstens nur bei den ausdrücklich entschiedenen Fällen (eidlicher Einwilligung der Ehefrau zur Veräußerung des Dotalgrundstücks, und eidlichen Verzichts der dotirten Tochter auf die künftige Erbschaft des Vaters) stehen bleiben, z. B. Puchta §. 253. a. E. Sintenis a. a. O. Windscheid §. 83a. 324. vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Bd. 38. S. 191 fg. [Wächter §. 188. Beil.] Anders die gemeine Meinung: Vangerow I. §. 170. Seuffert §. 93. — Seuffert's Arch. XI. 209., jedoch abweichend selbst gegen A. 1. Seuffert's Arch. II. 261., dagegen III. 53. Vgl. unten §. 361. Nr. 7.

3 Bei der lex commissoria wird als stillschweigende Verabredung angenommen, daß der Verkäufer die empfangene Arrha behalten könne, wenn er wegen Zahlungssäumniß des Käufers den Vertrag auflöst. L. 6. pr. D. 18. 3. Manche nehmen zudem nach not. k. an, daß auch bei den sine scriptis vollständig abgeschlossenen Verträgen die Arrha die Natur einer Conventionalstrafe habe. Savigny Obl. II. §. 79. Die Arrha kann aber auch die Bedeutung eines Reugeldes haben, gegen dessen Verlust der Geber vom Vertrage zurücktreten dürfe (sog. arrha *poenitentialis*). Vgl. überhaupt Kronecker quaestiones quaedam de natura arrhae in iure rom., diss. inaug. Berol. 1874. [und Jagemann die Daraufgabe (arrha). Vergleichende Rechtsstudie. 1873; drbr. aber Wendt in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 1. Ueber die abweichende deutschrechtliche Auffassung, die auf moderne Gesetzbücher nicht ohne Einfluß geblieben ist, vgl. Dernburg Preuß. Priv.R. II. §. 17. und die das. A. 6. Anges.].

4 Constitutum ist überhaupt das (an keine besondere Form gebundene) Versprechen, für eine bestehende Obligatio (civilis oder naturalis), es sei eine eigene (sog. constitutum debiti proprii), oder eine fremde (sog. constitutum debiti alieni) Zahlung zu leisten, welches zuerst in beschränktem Umfange durch das prätorische Edict, nach Justinianischem Recht aber allgemein klagbar geworden ist. Vgl. darüber unten §. 351. und über das sog. constitutum debiti proprii insbesondere Kuntze die Obl. S. 196 fg. und Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 110 fg. 170 fg. 219. [2. Aufl. S. 118 fg. 185 fg. 236.], dagegen aber Schlesinger von den Formalcontracten. S. 141 fg. Fuchs im civ. Arch. XLII. 9., und vorzüglich Bruns in d. Ztschr. für Rechtsgesch. I. S. 28.. 130. [Klein. Schr. I. S. 221 fg. Dazu jetzt Brinz 2. Aufl. II. S. 197 fg., auch Grawein Verj. u. gesetzl. Befristg. S. 102 fg. Lenel das ed. perpet. S. 196 fg. und insbes. über die a. recepticia Lenel in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. Rom. Abth. S. 62 fg. Dazu Bekker „recipere“ und „permutare“ bei Cicero, in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Roman. Abth. 1. S. 1.. 17.] Das Constitutum hebt die Obligatio, deren Bestehen es voraussetzt, nicht auf, sondern setzt neben dieselbe eine neue Obligatio, deren Erfüllung erst auch jene tilgt. Der Schuldner

jedoch, welcher einem von seinen Correalgläubigern constituirt, ist dadurch diesem jedenfalls zur Zahlung verpflichtet und muß daher gegen die Forderungsklage der übrigen Gläubiger geschützt werden, als ob er jenem schon wirklich gezahlt hätte. L. 8..10. D. h. t. 13. 5. Vgl. Bruns a. a. O. S. 82 fg. [Kl. Schr. S. 268 fg.] Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XIX. S. 110 fg. — gegen Savigny Obl. I. S. 167 fg., welcher L. 10. cit. als eine aus Versehen aufgenommene Stelle ganz verwirft, und Kuntze a. a. O., welcher dem Constitutum die Kraft einer Novation (§. 268.) beilegt. S. jetzt noch Serafini del costituto di debito nelle obbligazioni correali. 1877. (oben §. 213. A. 8.) [und gegen diesen Huschke im civ. Arch. LXV. S. 240 fg.] — Uebrigens sprechen Einige dem Constitutum für das heutige Recht, bei der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge, alle Bedeutung ab. Bähr a. a. O. S. 171 [186]. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 431. Dies ist insofern richtig, als demselben im heutigen Recht nicht mehr die besondere Bedeutung zukommt, die es in der römischen Rechtstheorie als sog. pactum praetorium hatte, vielmehr, auch wenn dieses im R. Rechte gar nicht vorkäme, dennoch heutzutage das Zahlungsversprechen eine wirksame Obligatio so gewiß zu erzeugen vermöchte, als dies nach R. Rechte durch eine Stipulation gleichen Inhalts hätte geschehen können, durch eine accessorische Stipulation nämlich ohne animus novandi (§. 268.). Unrichtig aber ist die Theorie der genannten Gelehrten, insofern sie nun den Schuldschein als Formalcontract an die Stelle des Zahlungsversprechens setzen wollen und nur dadurch dem Uebelstand entgehen zu können vermeinen, daß der Kläger, der sich auf eine unbestimmte Schuldverschreibung stützt, noch erst das Dasein der Schuld mit Angabe ihrer materiellen causa beweisen müsse. Der Schuldschein wirkt verpflichtend und gibt einen selbständigen Klaggrund nur ab, insofern er ein Zahlungsversprechen, ausdrücklich oder implicite, enthält; ein erwiesenes Zahlungsversprechen aber, sei es schriftlich oder mündlich gegeben, genügt an sich zur Begründung der Klage auf Erfüllung, ohne daß der Kläger das Dasein der Schuld, in Beziehung auf die es gegeben wurde, noch erst zu erweisen hätte, insofern diese der Versprechende als bestehend anerkannt hat und somit als bewiesen gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß er das Anerkenntniß selbst anzufechten vermöchte. Vgl. Schlesinger und Fuchs a. a. O., und bes. Bruns a. a. O. S. 121..130. [304 fg.], auch Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 239 fg. 245 fg. und krit. Vjschr. V. S. 168 fg. (civ. Schr. I. S. 376 fg. 381 fg. III. S. 502 fg.), dazu jedoch Unger in d. dogm. Jahrb. VIII. S. 209 fg. (welcher mit Recht das Versprechen der Zahlung einer bestehenden Schuld und den Anerkennungsvertrag, der in einem Schuldbekenntniß enthalten sein kann, als wesentlich verschieden entgegengesetzt), auch Schloßmann z. L. v. d. Causa S. 78 fg. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 262 fg.] Ueber die neuere Praxis: Busch S. 166..181. Seuffert's Arch. I. 216. VII. 246. 302. IX. 149. 150. 151. XIII. 247. XIV. 16. 17. 47. XV. 24. 114. [Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis d. Reichsger. I. 7. S. 257 fg. Bähr Urtheile d. Reichsgerichts Nr. XVIII. XIX. S. 172 fg.] — Windscheid 4. Aufl. §. 412 a. 412 b. [Römer Abhandl. aus dem R. R. I. (1877.) Nr. 1. Brinz Pand. 2. Aufl. §. 311.]

## §. 241.

### 2) Pollicitatio [a].

Pollicitatio heißt im engern Sinn [1] ein einseitiges Versprechen, das auch ohne Annahme von der andern Seite eine Verbindlichkeit bewirkt,

[a] Dig. de pollicitationibus. 50. 12.

eine Verheißung. Diese Wirkung aber hat 1) das Versprechen zu Gunsten einer Stadtgemeinde[b], aus besonderm Anlaß[c] (ob iustam causam [2]), dessen Mangel jedoch durch den Beginn der Ausführung dessen, was nach dem Versprechen geschehen soll (coeptum opus), ersetzt wird[d]. Ist das Versprechen bloß in der Absicht zu schenken geschehen, so kann sich der Pollicitant im Fall der Verarmung mit dem fünften Theil seines Vermögens von der Verpflichtung loskaufen; eben so seine Erben; Kinder als Erben aber schon mit dem zehnten Theil des Nachlasses[e]; 2) das Versprechen zum Besten der Kirche oder überhaupt zu einem frommen Zweck, votum, Gelübde[f]. Unter denselben Begriff kann nach heutigem Recht auch 3) die sog. Auslobung gestellt werden, d. i. das öffentlich bekannt gegebene Versprechen an eine unbestimmte Person für den Fall einer gewissen Leistung, welches bindend wird, wenn vor ergangenem Widerruf von Seiten einer bestimmten Person die das Versprechen bedingende Leistung in entsprechender Weise wirklich erfolgt, oder wenigstens schon ernstlich vorbereitet, d. h. zum Zweck derselben, mit Rücksicht auf das Versprechen, schon etwas geschehen ist [3].

Anm. [1] L. 3. pr. D. h. t. 50. 12. Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum. Cf. L. 19. §. 2. D. de aed. ed. 21. 1. Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus quod verbotenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur; promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum. L. 5. Cod. de contrah. stip. 8. 37 (38). *Nuda pollicitatione* ... ad praestanda, quae promiserat, urgeri quemquam non semper iura permittunt. Verum quoniam praeterea, si contra *pactum* fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulanti adversarium tuum promisisse proponas ... petitioni locum factum esse convenit. L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. Quaedam etiam *pollicitationes* venditorem non obligant, ... veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate *stipuletur* . . . L. 10. pr. D. de his quae ut indign. 34. 9. „sive chirographum eo nomine dederit, sive nuda pollicitatione repromiserit“.

[2] L. 1. §. 1. D. h. t. Si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum, vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione. L. 4. eod. Propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae reipublicae contingit, si quis promiserit, tenetur. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 272 fg.]

[3] Aus dem R. Rechte läßt sich eine klagbare Verbindlichkeit in solchen Fällen, so lange nicht eine Uebereinkunft mit einer bestimmten Person hinzugekommen ist, nicht ableiten; vgl. L. 4. §. 4. D. de cond. ob turp. v. iniust. caus. 12. 5. L. 43. §. 8. 9. D. de furt. 47. 2. L. 15. D. de praescript. verb. 19. 5.; und so wird denn auch noch von Savigny Obl. II. S. 90 fg., welcher die Auslobung unter den Gesichtspunkt eines Vertrags mit einer unbestimmten Person stellt, ein Klagrecht aus der-

[b] L. 1. pr. L. 3. §. 1. D. h. t. [c] L. 1. §. 1. L. 4. 6. §. 2. L. 7. L. 11. 12. §. 1. L. 13. pr. eod. [d] L. 1. §. 2..5. L. 3. pr. L. 6. §. 1. eod. [e] L. 6. pr. L. 9. 14. 15. eod. [f] L. 2. D. h. t. cap. 18. X. de censibus. 3. 39.

selben nach gemeinem Recht nicht als begründet anerkannt, es sei denn eine Schadensklage ex dolo. Die herrschende Ansicht dagegen ist, daß nach heutigem Rechtsbewußtsein solchem Versprechen rechtsverbindliche Kraft nicht abzusprechen sei. Aber in der Auffassung dieses Rechtsgeschäfts und in der Bestimmung der Natur und des Umfangs der dadurch begründeten Verbindlichkeit sind die Ansichten der Rechtsgelehrten noch sehr verschieden. Mit dem Lehrb. stimmen Puchta §. 259. Sintenis II. §. 96. A. 58. Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. III. S. 297 fg. Die Mehrzahl der neueren Rechtsgelehrten dagegen faßt die Auslobung auf als ein Angebot zu einem Vertrage, der durch die vollendete Leistung zum Abschluß komme, aber wiederum mit erheblichen Abweichungen in Betreff der Zulässigkeit und der Folgen des Widerrufs. Bülow Abh. über einz. Materien d. röm. bürg. Rts. I. S. 271 fg. Mühlenbruch §. 347. Unterholzner I. S. 53. Schütze in Bekker's Jahrb. V. 2. Ihering in d. dogm. Jahrb. IV. S. 93 fg. Regelsberger a. a. O. S. 196..227. Vangerow 7. Aufl. III. §. 603. A. 2. Windscheid §. 308. und in d. krit. Vjschr. X. S. 156 fg. Exner zur Theorie der Auslobung, das. XI. S. 337..361. Vgl. übrigens das preuß. Landr. I. 11. §. 988 fg. (Förster I. 2. Aufl. S. 426 fg.), hess. Entw. IV. 1. Art. 198..205., sächs. Gsgb. §. 771., bayer. Entw. II. Art. 753..761. — Ueber die Praxis: Seuffert's Arch. IX. 275. 276. XI. 217. 218. — Tzschirner de indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant. Berol. 1869. Sohm in d. Ztschr. f. Handelsrt. XVII. S. 56 fg. Siegel das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 91..108., dazu Hofmann Entstehungsgründe der Obl. S. 38..45. [Unger in d. Wiener Ztschr. I. S. 369 fg.] Windscheid Pand. §. 308. A. 1..9. [Karlowa S. 274 fg. Dernburg Pr. Pr.R. 2. Aufl. II. S. 25. 131. Brinz 2. Aufl. §. 248. Nr. 4. bes. A. 45. §. 307. S. 556. Mommsen Erört. II. S. 135 fg. Wächter II. S. 360 fg. Eisele über Realcontr. (Ztschr. f. schweiz. Rt. n. F. III.) S. 21., der insbes. betont, daß der Offerent (der Auslobende) „nur durch Leistung sich binden lassen, also nur in der Weise eines Realcontracts contrahiren will."]

[4] Unter denselben Gesichtspunkt, wie die Auslobung, stellt Savigny a. a. O. §. 61..70. auch die Papiere auf den Inhaber, ein eigenthümliches Rechtsinstitut des heutigen Verkehrs, dessen Theorie aber noch eine sehr streitige ist. Vgl. das deutsche Handelsgesetzb. Art. 307..312. Thöl Handelsrecht 4. Aufl. I. §. 54a..56a. [5. Aufl. §. 222..232.], über die Literatur das. S. 317. [bez. II. S. 70 fg.] Siegel a. a. O. S. 108..128. [Dernburg a. a. O. §. 88 fg. Stobbe Handb. III. §. 171. (S. 106 fg.) §. 179 fg. Mandry Reichsges. S. 126 (2. Aufl. S. 186) fg. Brinz 2. Aufl. II. §. 312.]

## §. 242.

### 3) Quasicontracte.

Es gibt Rechtsgeschäfte, die eine Obligatio erzeugen, obgleich die Absicht der Handelnden nicht darauf gerichtet ist, die aber doch eine gewisse Verwandtschaft mit Vertragsverhältnissen haben, und bei welchen daher gesagt wird: quasi ex contractu nasci obligationem[a]. Dahin gehören die Geschäftsführung für Andere ohne Auftrag (negotiorum gestio), vormundschaftliche Verwaltung, mit welcher auch andre Fälle

[a] Inst. de obligationibus quasi ex contractu. 3. 27. L. 5. pr. §. 1..3. D. de O. et A. 44. 7.

der Geschäftsführung kraft öffentlichen Auftrags zusammenzustellen sind, und Antretung einer Erbschaft, die letzte in Beziehung auf die Verpflichtung, Vermächtnisse zu zahlen. Im römischen Recht wird unter die Fälle, in welchen quasi ex contractu nascitur obligatio, außer den vorgenannten auch noch die Zahlung einer Nichtschuld gestellt[b], wobei jedoch der Umstand, daß sie dem Empfänger eine grundlose Bereicherung zuwendet, der entscheidende ist, und das Verhältniß unter Miterben und Miteigenthümern[c], welches jedoch schon durch sein Bestehen selbst besondere Verpflichtungen erzeugt.

[Anm. Wenn Brinz 2. Aufl. §. 249. S. 147. lehrt, es unterlaufe „da, wo quasi ex contractu obligirt wird, stets eine *res*", so wird doch nicht unbeachtet bleiben dürfen, daß diese res hier nicht immer das ist, als was sie beim Realcontract erscheint. Vgl. oben §. 232. A. 4. und jetzt Brinz a. a. O. S. 631. 632. — Ueberhaupt: Kamm der Quasicontract nach den Quellen und sein Werth f. Wissenschaft und Gesetzgebung. 1882. (vrbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. IX. S. 639., Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXV. S. 16 fg.; s. noch ebda. XXVI. S. 156 fg.)]

## §. 243.
## B. Unerlaubte Handlungen.

Durch Handlungen, die schon an sich, nicht bloß in Beziehung auf ein bereits bestehendes Verpflichtungsverhältniß, rechtsverletzend, also unerlaubt sind, d. i. durch Delicte (§. 84.), können eigene Obligationen entstehen, bald zu Schadensersatz (§. 206.), bald zu Strafzahlung (§. 211.), obligationes ex delicto[a]. Es gibt aber einige analoge Fälle, in denen ohne ein wahres Delict oder doch ohne ein Delict des Verpflichteten eine Obligatio entsteht, daher obligatio quasi ex delicto[b]. Schadensersatz ist immer ein und dasselbe juristische Object; daher kann der Beschädigte, wenn oder soweit er einmal Ersatz des erlittenen Schadens erlangt hat, durch keine der verschiedenen ihm etwa zustehenden Klagen noch weitere Ersatzansprüche, als solche, mehr geltend machen. Dagegen läßt sich wohl denken, daß eine und dieselbe Handlung nach verschiedenen Gesichtspunkten verschiedene Strafen nach sich ziehe, die dann alle eingefordert werden könnten. Doch scheint das römische Recht die Regel anzuerkennen, daß eine und dieselbe Handlung, die im Ganzen genommen als ein Delict sich darstellt, nicht von mehrfachen Strafen betroffen werde, daß daher in solchem Falle, gleich wie bei Ersatzklagen, wenn einmal die ganze höchste Strafe gezahlt ist, dieselbe Strafe oder eine geringere nicht noch

[b] §. 6. 7. J. l. c. L. 5. §. 3. cit. cf. Gai. III. §. 91. [c] §. 3. 4. J. l. c.

[a] Inst. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur. 4. 1. cf. Inst. 4. 2..4. Dig. de privatis delictis. 47. 1. [b] Inst. de obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur. 4. 5.

einmal mit einer andern Klage gefordert werden könne (§. 105.). Nach heutigem Rechte sind indessen die Klagen auf Privatstrafen fast durchaus außer Gebrauch gekommen, und hat daher diese Frage als civilrechtliche ihr praktisches Interesse verloren.

Anm. Vgl. Savigny Obl.R. II. §. 82..84. [Brinz 2. Aufl. §. 250. 251. 338. Lehmann d. Schutzlos. d. immat. Lebensgüter S. 21 fg. Ueber die Rückwirkung der Reichsstrafgesetzgebung auf diese Lehre: Mandry Reichsges. S. 172 (2. Aufl. S. 247) fg.]

## §. 244.

## C. Zustände.

Zustände, welche eine Verpflichtung erzeugen, sind z. B. Gemeinschaft von Eigenthum oder Erbschaft, grundlose Bereicherung, Verwandtschaft u. a. Weil hier nicht eine Handlung Grund, wenn auch Anlaß, der Verpflichtung ist (ex re venit obligatio), so können auch handlungsunfähige Personen dadurch unmittelbar und vollkommen verpflichtet werden[a].

Anm. Zu §. 242. 244. vgl. mit §. 232., Hofmann Entstehungsgr. S. 55..64.

## D. Stellvertretung bei Entstehung von Obligationen.

## §. 245.

Die Thatsachen, welche überhaupt eine Obligatio zu begründen geeignet sind, wirken eine Forderung oder Verbindlichkeit der Regel nach zunächst nur für diejenigen Personen, in Beziehung auf welche jene eintreten. Dies gilt insbesondere auch von Rechtsgeschäften[a], was jedoch nicht ausschließt, daß durch Mitwirkung einer dritten Person, als Unterhändler *(proxeneta)* oder als bloßer Träger der Willenserklärungen *(nuntius)*, das Zustandekommen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts vermittelt werde[b]. Indessen kann doch vermöge eines Verhältnisses der Stellvertretung (§. 76. 77.) die Wirkung der obligatorischen Thatsache auf andere als die unmittelbar handelnden Personen sich erstrecken. In dieser Beziehung ist Erwerb von Forderungen und Verpflichtung durch Andere zu unterscheiden.

Anm. Vgl. überhaupt Savigny Syst. III. §. 113. Obligationenrecht II. §. 54 bis 60. mit Buchka d. L. v. d. Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen 1852. Brinz krit. Bl. Nr. 2. Dernburg in d. Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 1..21. 296 fg. Scheurl in d. krit. Ueberschau I. 14. [S. 315 fg.] Ihering in d. Jahrb. f. Dogmat.

[a] L. 46. D. de O. et A. 44. 7. (§. 230. not. b. c. d.).

[a] L. 73. §. 4. D. de R. J. L. 11. D. de O. et A. 44. 7. [b] L. 15. D. de const. pec. 13. 5. L. 1. §. 11. D. depos. 16. 3. L. 1. §. 1. D. mand. 17. 1. Dig. de proxeneticis. 50. 14.

I. 7. II. 3. Scheurl ebda. II. 1. (oben §. 76. A. 1..3.). Keller Pand. §. 61. 231..239. Sintenis II. §. 102. I. Windscheid §. 73. 74. 313. Vangerow §. 608. Thöl Handelsrecht [4. Aufl.] I. §. 24. 25. A. 1. 2. [5. Aufl. §. 59..72., bes. §. 70 fg.] Laband die Stellvertretung bei d. Abschluß v. Rechtsgeschäften nach d. d. Handelsgstzb., in der Ztschr. f. Handelsrt. X. Abh. 4. S. 183..241. Vgl. auch Platner im civ. Archiv. L. S. 229 fg. — Brinz 1. Aufl. §. 366..373. Marcus diss. per procuratorem quomodo et iure romano et hodierno obligationes contrahantur. Berol. 1872. Curtius Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, im civ. Arch. LVIII. 2. [E. Zimmermann stellvertretende neg. gestio. §. 1 fg. Mommsen Erörterungen II. S. 113 fg. Hellmann d. Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1881. (oben §. 76. A. 2. 4.)]

## §. 246.

### 1) Erwerb von Forderungen durch andere Personen.

Von dem Grundsatz des alten Rechts, wornach die in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinder, gleich dem Sklaven, nothwendig dem Vater erwarben (§. 76.), hat sich im neuesten Recht noch dieses erhalten, daß sie auch Forderungen für den Vater nicht nur in gewissen Fällen nothwendig erwerben [a], sondern auch außerdem freiwillig immer erwerben können, indem sie sich geradezu für den Vater versprechen lassen [b]. Dagegen ist in Ansehung freier Stellvertreter noch im Justinianischen Recht [c] als Regel anerkannt, daß sie durch ihre Handlung unmittelbar nur für sich die Forderung erwerben können und daher auch das Rechtsgeschäft zunächst auf sie selbst als die eigentlich handelnden Personen Bezug nehmen müsse [1]. Allein hat Jemand als Bevollmächtigter für einen Andern in dessen Namen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, so kann der letzte die Abtretung der daraus entstehenden Forderungsklage verlangen [d] oder durch utilis actio die Forderung geltend machen [e]; und können dann auch sogleich die Wirkungen eintreten, welche die dem Schuldner kundgemachte Abtretung der Forderung mit sich bringt (§. 256.), so daß namentlich der andere Contrahent die Erfüllung nur dem Vollmachtgeber oder dessen auch zu deren Annahme bevollmächtigtem Stellvertreter zu leisten hat [f], und daß auch aus der Person des Bevollmächtigten keine Einreden hergenommen werden können, die nicht in dem abgeschlossenen Geschäft selbst ihre Begründung haben [2]. Auf diese Weise findet also im Erfolge dennoch schon nach römischem Recht ein

[a] Inst. per quas personas nobis obligatio acquiritur. 3. 28. cf. Inst. de stipulatione servorum. 3. 17. [b] §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 38. §. 17. L. 45. pr. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 40. eod. — L. 12. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 16. §. 3. (§. 3. 4.) D. de lib. causa. 40. 12. [c] L. 11. D. cit. (§. 245. not. a.) cf. L. 1. pr. D. quod iussu. 15. 4. L. 5. §. 6. 7. 9. D. de pec. const. 13. 5. [d] L. 8. §. 10. L. 45. pr. in f. D. mand. 17. 1. [e] L. 27. in f. L. 28. D. de procurat. 3. 3. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. [f] L. 28. D. cit.

wahrer Erwerb der Forderung für den Vollmachtgeber statt[3]. Die heutige Rechtsansicht aber nimmt nicht nur überall keinen Anstoß daran, daß der Vertrag geradezu auf den Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen werde, sondern betrachtet auch den letzten, wofern nur im Namen desselben der Vertrag eingegangen ist, ohneweiteres als denjenigen, dem unmittelbar und ausschließlich die Forderung aus dem für ihn abgeschlossenen Rechtsgeschäfte erworben werde[4]. Dasselbe gilt, wenn das Rechtsgeschäft ohne Auftrag für den Andern abgeschlossen ist, dieser aber nachher es ausdrücklich oder stillschweigend anerkennt. Und ein gleiches Verhältniß findet ferner auch in dem Fall statt, wenn Vorsteher juristischer Personen für diese, Vormünder für ihre Mündel Verträge schließen[g], obwohl jene freilich, so lange ihr Amt dauert, als Stellvertreter der letzten die erworbene Forderung immer auch auszuüben berechtigt bleiben. Die mittelst des Mündelvermögens erworbene Forderung wird dem Mündel selbst dann zugestanden, wenn der Vormund nicht einmal den Willen gehabt hat, für jenen zu contrahiren[h].

Anm. [1] Savigny [Obl.R. II. §. 56 fg.] behauptet, daß diese beschränkende ältere Rechtsansicht schon im R. R. bezüglich aller naturalen, d. i. nicht formalen obligatorischen Rechtsgeschäfte aufgegeben und daher mit dem Wegfall der Stipulatio im heutigen Recht von selbst ganz verschwunden sei: arg. L. 53. D. de acquir. dom. 41. 1. (Modestin. lib. 14. ad Qu. Muc.?) Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere (*volentem nobis possidere?*) acquirimus. Dagegen alle zu §. 245. angeführten Schriftsteller, und noch insbesondere Ruhstrat über Savigny's Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1854. [Wächter I. S. 408 fg. 418.] Vgl. jedoch Rudorff zu Puchta §. 273. not. a. [Hellmann a. a. O. S. 66 fg.]

[2] Ueber die Stellung des Stellvertreters zu dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft, insbesondere über den Einfluß der Kenntniß oder Unkenntniß desselben, wo darauf etwas ankommt: vgl. a) L. 12. 13. D. de contrah. emt. 18. 1. In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio; nam si servus meus vel filius, qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille, qui contrahit. — Sed si servo meo, vel ei, cui mandavero, vendas sciens fugitivum, illo ignorante, me sciente, non teneri te ex emto verum est. b) L. 51. pr. D. de aed. ed. 21. 1. Quum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat et redhibitoria vel ex emto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini, spectandam esse . . . sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor. §. 1. Circa procuratoris personam, quum quidem ipse scierit, mor-

[g] L. 2. 4. Cod. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt. 5. 39. L. 6. D. eod. 26. 9. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 5. §. 7. 9. D. de const. pec. 13. 5.
[h] L. 2. D. h. t. 26. 9. cf. L. 5. Cod. l. c.

bosum vitiosum esse, non dubitandum, quin, quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilomagis eo nomine agere possit; at quum ipse ignorans, esse vitiosum, mandatu domini, qui id sciret, emerit et redhibitoria agat, ex persona domini utilem exceptionem ei non putabat opponendam. c) L. 16. §. 2. D. de lib. causa. 40. 12. Tunc habet emtor hanc actionem, quum liberum esse nesciret ... §. 3. Quare si filius-familias emit, si quidem ipse scit, pater ignoravit, non acquisiit patri actionem; hoc si peculiari nomine egerit (Vulg. *emerit*); ceterum si patre mandante, hic quaeritur, an filii scientia noceat? Et puto adhuc nocere: quemadmodum procuratoris nocet. (§. 4.) Plane si filius ignoravit, pater scit, adhuc dico repellendum patrem, etiamsi peculiari nomine filius emit, si modo pater praesens fuit potuitque filium emere prohibere. L. 22. §. 5. eod. Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque scientiam nocere Labeo putat. L. 17. eod. In servo et in eo, qui mandato nostro emit, tale est, ut si certum hominem mandavero emi, sciens liberum esse, licet is, cui mandatum est, ignoret, idem sit; et non competet ei actio; contra autem, si ego ignoravi, procurator scit, non est mihi denegandu. Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. §. 13. Puchta §. 275. Vgl. Buchka a. a. O. S. 15 fg. 58 fg. Dernburg a. a. O. S. 18. Sintenis a. a. O. A. 21..23. 27. 28. Vangerow a. a. O. A. IV. S. 298 fg. Windscheid §. 73. A. 17..19. [Hellmann a. a. O. S. 149 fg. Leonhard Irrthum S. 493 fg.]

3 In gewissen Fällen gibt schon das R. R. selbst ohne Voraussetzung einer Vollmacht oder Vertretungsbefugniß, dem Dritten eine Klage aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage, namentlich a) der Frau und deren Kindern, welchen der Ascendent als Besteller der Dos deren Rückgabe stipulirt, L. 45. D. sol. matr. 24. 3. L. 7. Cod. de pact. conv. 5. 14. cf. L. 4. Cod. eod. L. 26. Cod. de iure dot. 5. 12.; b) dem Eigenthümer, dessen Sache Jemand einem Andern geliehen oder in Verwahrung gegeben hat, mit der Auflage, sie an jenen zurückzugeben, L. 8. §. 1. (L. 8.) Cod. ad exhib. 3. 42.; c) demjenigen, welchem der Schenker die geschenkte Sache herauszugeben bei der Schenkung dem Schenknehmer auferlegt hat, L. 3. Cod. de donat. sub modo. 8. 54 (55.); d) dem Schuldner, welchem der Pfandgläubiger bei Veräußerung des Pfandes das Recht der Wiedereinlösung vorbehalten hat, L. 13. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 1. D. de distr. pign. 20. 5. Vgl. Puchta §. 276. Vangerow III. §. 608. Ihering a. a. O. II. S. 110. stellt zudem folgendes allgemeine Princip auf: „Ueberall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Zurückgabe entsteht, hängt es von dem Geber ab, durch Vornahme des dare auf den Namen eines Andern Letzterem die Forderung zu erwerben.“ arg. L. 9. §. 8. D. de reb. cred. 12. 1. L. 4. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 35. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 126. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 3 (2). Cod. per quas. pers. 4. 27. Vgl. Vangerow A. I. 2. S. 289 fg. Viel weiter gehen manche neuere Rechtsgelehrte (vgl. die Citate in A. 1. zu §. 233.), die jedoch noch vielfach von einander abweichen.

4 Ueber die verschiedenen Meinungen, wie diese heutige Rechtsansicht mit dem R. R. zu verknüpfen sei, vgl. Scheurl in d. krit. Ueberschau I. S. 329 fg. Vangerow 7. Aufl. S. 292 fg., Kuntze die Obl. S. 275 fg., Thöl a. a. O. §. 24. A. 11..14. §. 25. A. 1. 2. [5. Aufl. §. 70.] Windscheid §. 73. A. 14. 16.; über die Geschichte des Dogma vorzüglich Buchka §. 15 fg. Im canonischen Rechte tritt die moderne Rechtsansicht in manchen einzelnen Anwendungen hervor und äußert sich in den

allgemeinen Aussprüchen: „Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum", und „qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum", cap. 68. 72. de reg. iur. in 6to. 5. 12. Puchta §. 17. Ueber die abweichende Beurtheilung des Falles, wenn der Bevollmächtigte nicht im Namen des Vollmachtgebers contrahirt hat (sondern als sog. Ersatzmann, stiller Stellvertreter, §. 76.) vgl. Ihering I. S. 345 fg. Scheurl das. II. S. 28 fg. 32 fg. Zu weit geht Sintenis §. 102. zu A. 20. 25. 36. 37., wenn er diesen Umstand in Rücksicht auf den Forderungserwerb für gleichgültig erklärt. Vgl. auch Keller §. 61. a. E. und Zaun im prakt. Arch. n. F. I. S. 32 fg. Thöl a. a. O. Windscheid I. §. 73. A. 15.

## 2) Verpflichtung durch Stellvertreter.

### §. 247.

#### a) Durch abhängige Personen.

Handlungen der in der Gewalt eines Andern befindlichen Personen sind an sich für jenen nicht verpflichtend[a]. Vermöge besonderer Gründe aber kann aus Rechtsgeschäften derselben auch derjenige, in dessen Gewalt sie sich befinden, in Anspruch genommen werden; so der Vater aus Geschäften des Sohnes, wie nach römischem Recht der Herr aus Geschäften des Sklaven; und zwar bald auf den ganzen Betrag der eingegangenen Verbindlichkeiten (in solidum), bald nur mit gewisser Beschränkung[b]. Ein solcher Grund ist:

1) der Auftrag oder die Ermächtigung von Seiten des Vaters zur Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Sohn oder mit dem Sohn[c], womit auch hier die nachfolgende Genehmigung gleiche Wirkung hat[d]; der Vater haftet hier für das Ganze, mit der actio quod *iussu*;

2) die Anstellung des Sohnes zur Führung eines Gewerbes, als Gewerbführer (institor, Factor, bei der Schifffahrt insbesondere magister navis). Es liegt darin eine Ermächtigung zur Eingehung solcher Rechtsgeschäfte, die zum Betrieb jenes Gewerbes gehören[e]. Der Vater als Gewerbherr (bei der Schifffahrt exercitor navis, Schiffsrheder) haftet daher auch hier fürs Ganze, mit der actio *institoria*[f], beziehungsweise mit der actio *exercitoria*[g];

3) die Einräumung eines Peculium an den Sohn, welches diesem, gleichsam wie ein Sondervermögen desselben, obwohl rechtlich dem Vater gehörend, Andern gegenüber Credit gibt, um sich mit ihm in Rechts-

[a] L. 1. Cod. ne filius pro patre. 4. 13. L. 5. 6. 12. Cod. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. 4. 26. [b] Inst. quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur. 4. 7. Dig. 14. 5. Cod. 4. 26. [c] §. 1. J. h. t. Dig. quod iussu. 15. 4. cf. L. 13. Cod. l. c. L. 7. D. de tut. 26. 1. L. 21. D. de adm. 26. 7. [d] L. 1. §. 6. D. h. t. 15. 4. [e] §. 8. in f. J. l. c. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1. [f] Dig. de institoria actione. 14. 3. [g] Dig. de exercitoria actione. 14. 1. Cod. de exercitoria et institoria actione. 4. 25. cf. §. 2. J. l. c.

geschäfte einzulassen. Der Vater haftet daher, mittelst der actio de *peculio*[h], wegen der vom Sohne, nicht durch Delicte[i], nicht durch bloße Schenkung[k], und nicht als Paterfamilias in Beziehung auf sein peculium castrense oder quasi castrense[l], contrahirten Verbindlichkeiten[m], soweit der Bestand jenes Peculium reicht[n], nach Abzug dessen, was der Vater daran zu fordern hat[o], dagegen mit Einrechnung dessen, was durch seinen Dolus daran fehlt[p]; in letzter Beziehung jedoch, sowie nach Aufhebung der Gewalt, nur noch innerhalb eines Jahres, und zwar eines utilis annus[q]. Ist das Peculium mit Wissen des Vaters ganz oder zum Theil zu einem Handelsgeschäft bestimmt worden, so haben diejenigen, welche in Beziehung auf dieses Geschäft Gläubiger des Sohnes geworden, Anspruch auf Befriedigung aus dem Handelsvermögen, ohne daß dem Vater wegen seiner Forderungen ein Vorzugsrecht zusteht, und dient ihnen zur Erhaltung dieses Anspruchs gegen den Vater eine eigene *tributoria* actio[r];

4) der Umstand, daß das Rechtsgeschäft vom Sohne zum Vortheil des Vaters abgeschlossen und diesem dadurch ein Vermögensvortheil zugegangen ist, dieser bestehe in unmittelbarem Gewinn oder in Bestreitung von Ausgaben, welche dem Vater obgelegen hätten. Hier haftet der Vater, mittelst der actio de *in rem verso*[s], soweit der ihm zugegangene Vortheil reicht (quantum in rem patris versum est)[t].

Alle diese Klagen gründen sich auf die Obligatio des Sohnes, modificiren sich aber in ihrer Richtung gegen den Vater, als *actiones adiectitiae qualitatis*[u], je nach Verschiedenheit des Grundes, aus welchem sie gegen diesen stattfinden[v]. Sie concurriren sowohl mit einander, soweit im gegebenen Falle die Voraussetzungen der verschiedenen Klagen zugleich vorliegen, als mit der Klage gegen den Sohn selbst[w], welcher jedoch, wenn er ausgesprochener Maßen nur als Bevollmächtigter des Vaters in dessen Namen den Vertrag abgeschlossen hat, ohne sich selbst mit eigenem Vermögen dem andern Theil für die Erfüllung haftbar machen zu wollen, den Ansprüchen des Gläubigers sich entziehen kann[x], und nur dafür einsteht, daß er als wirklich Bevollmächtigter innerhalb der Schranken

[h] Dig. de peculio. 15. 1. §. 4. J. l. c. [i] L. 3. §. 11. 12. D. l. c. 15. 1. cf. L. 1. §. 7. D. de his qui effud. 9. 3. L. 58. D. de R. J. [k] L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. [l] L. 18. §. 5. D. de castr. pec. 49. 17. cf. L. 47. §. 1. D. h. t. 15. 1. [m] L. 3. §. 5 sqq. D. h. t. 15. 1. L. 49. D. de O. et A. 44. 7. L. 13 (14). D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. D. de tut. 26. 1. [n] L. 4. pr. §. 1. 2. L. 30. pr. §. 4. L. 47. §. 2. D. h. t. 15. 1. cf. L. 11. D. de cond. indeb. 12. 6. [o] L. 9. 11. pr...§. 6. L. 52. pr. D. h. t. cf. L. 41. eod. [p] L. 21. eod. [q] Dig. quando de peculio actio annalis sit. 15. 2. [r] Dig. de tributoria actione. 14. 4. §. 3. J. l. c. [s] Dig. de in rem verso. 15. 3. §. 4..4 b. (§. 4.) J. l. c. [t] §. 5. J. l. c. L. 1. §. 17. L. 5. §. 1. D. de exercit. act. 14. 1. L. 3. §. 4. D. de minor. 4. 4. [u] L. 4. Cod. h. t. 4. 26. L. 20. D. de instit. act. 14. 3.

seiner Bevollmächtigung gehandelt habe[2]. Auch können mehrere dieser Klagen[3] mit einander verbunden werden[v]. Soweit aber ein Gläubiger durch eine derselben gegen den Sohn oder Vater Befriedigung erhalten hat, fallen die übrigen, als auf denselben Gegenstand gerichtet, hinweg[w]. Die actio de peculio und actio tributoria stehen in dem Verhältniß zu einander, daß die Wahl der einen die andere ausschließt[x].

[*· Weiter geht Brinz 2. Aufl. II. S. 218., der unter Umständen den Vater haften lassen will, „trotzdem die für denselben angestrebte Verwendung nicht eingetreten ist".]

Anm. [1] Ueber die sog. actiones adiectitiae qualitatis überhaupt vgl. Buchka a. a. O. §. 3..5. Savigny Obl. II. §. 54., Windscheid Pand. §. 482..484. (unter der Rubrik: „Haftung für Verbindlichkeiten Anderer", nach der L. v. d. Bürgschaft §. 476..481.); [Mandry d. gem. Familiengüterrecht II. 1876. 3. Buch: „die Haftung des Hausvaters für das Hauskind". 1. Cap. „Haftung . . . für Geschäftsschulden". §. 71..101. (vgl. unten §. 429. A. 1.), auch Kuntze Cursus. 2. Aufl. §. 610. Brinz 2. Aufl. §. 258. 259. Hellmann a. a. O. S. 80 fg. 93. 96. Baron Abhandl. aus d. röm. Civilproceß II. die adjecticischen Klagen 1882. (drbr. Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 6. S. 101 fg. Pfersche in d. Wiener Ztschr. IX. S. 636 fg.) Lenel das ed. perp. S. 203 fg.]; über die actio quod iussu insbesondere: Chambon Beitr. z. Obligationenrecht. Bd. I. Jena 1851. S. 175..268., [Drechsler die actio quod iussu. 1877. drbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XX. S. 606 fg.]; über die actio de in rem verso: Leist civ. Studien II. S. 61..102. Witte die Bereicherungsklagen S. 256 fg. Löwenfeld die selbständige actio de in rem verso. 1873. (drbr. Bernhöft in d. Jen. Ltztg. 1874. Nr. 33. Lotmar in d. krit. Vjschr. XVII. S. 550 fg.). Ruhstrat in d. dogm. Jahrb. XV. 6. [XIX. 9. S. 416 fg.]

[1· Den Satz des Textes findet „sich widersprechend" Brinz 2. Aufl. §. 258. A. 8., der seinerseits lehrt, nicht die Obligationen, sondern die Contracte und Quasicontracte der Untergebenen und Geschäftsführer seien es, aus denen die Gewalthaber und Principale obligirt werden. (Vgl. schon Mandry II. S. 255..265.) Auch liege der Grund der Haftung der Gewalthaber de peculio, de in rem verso, quod iussu „nicht erst in dem Dasein eines Peculiums, Jussus oder einer Version. Vielmehr ist mit dem Passivcontracte des Untergebenen schon an und für sich der Grund zur Haftung der Gewalthaber gelegt, und damit, daß sie de peculio, de in rem verso, quod iussu haften, nur der Umfang ihrer Haftung, zum Theil auch der Umstand ausgesprochen, weshalb sie in solidum oder beschränkt haften." (S. 203 fg.)].

[2] A. M. (nach R. R.) Thöl a. a. O. 4. Aufl. §. 26. A. 6..9.

[3] Ueber das Verhältniß der verschiedenen actiones adiectitiae qualitatis zu einander vgl. vorzüglich §. 5. J. h. t. 4. 7. Ceterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini (*vel patris*) contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini

[v] §. 4b. (§. 4.) 5. J. l. c. [w] cf. L. 1. §. 24. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. pr. D. de instit. act. 14. 3. L. 4. §. 5. D. quod cum eo. 14. 5. L. 30. §. 4. L. 32. D. de pecul. 15. 1. (§. 105.)
[x] L. 9. §. 1. D. de tribut. act. 14. 4.

versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. (§. 5. a.) Is quoque, cui tributoria actio competit, aeque de peculio et in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio praecipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius et ceteri creditores; at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur, at in tributoria eius tantum, quod (quo) negotiatur . . . Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet; certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet. Cf. Gai. IV. §. 74 a. in f.: „si potest adprobari, id quod (dederit is qui cum filio servove) contraxit [Krueg. Studem.], in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.“ L. 16. 17. §. 1. L. 19. D. de in rem verso. 15. 3. — Nach älterem Recht bewirkte wegen der materiellen Identität der Obligatio, die diesen Klagen zum Grunde lag, schon die Litiscontestatio in Folge der einen zugleich die Consumtion der andern (§. 113.), sowie die Litiscontestatio gegen den Haussohn die Consumtion der Klagen gegen den Vater und umgekehrt, wogegen jedoch unter Umständen Abhülfe gewährt wurde (not. v.); vgl. Keller Litiscontestation S. 419 fg. 544 fg. Bekker proc. Consumtion S. 173 fg. Dietzel in Bekker's Jahrb. II. 12., gegen diesen aber Keller das. III. 6. [Mandry II. S. 265 fg.] Ueber das neuere Recht: Francke im civ. Arch. XXIII. S. 418 fg. Wächter Erörtr. III. S. 20 fg. S. 60., und über die Verwandtschaft dieses Verhältnisses mit Correalobligationen: Savigny Obl. I. §. 21.; aber dazu Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XVII. S. 167 a. E. Samhaber Correalobl. S. 176 fg. Baron Gesammtrechtsvh. S. 268 fg. [Mandry II. S. 288 fg.]

4 Als concurrirend mit den actiones adiectitiae qualitatis wird auch eine Civilklage (*condictio*) für zulässig erklärt in §. 8. J. h. t. Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam (si) principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Vgl. L. 29. D. de reb. cred. 12. 1. L. 17. §. 4. 5. D. de instit. act. 14. 3. L. 5. pr. D. quod iussu. 15. 4. Nicht so bei der actio de peculio: §. 10. J. de act. 4. 6. Ueber die Erklärung jener Civilklage s. Schrader ad §. 8. J. cit., der sie im weitesten Umfang annimmt, und Savigny Obl. II. S. 34., der sie nur auf den Fall des Darlehens bezieht; mit diesem übereinstimmend Chambon a. a. O. S. 257 fg. Helmolt Correalobl. S. 96. [Wieder anders Mandry II. S. 326 fg. Brinz II. S. 213 fg. Bekker Actionen I. S. 155 fg. bes. N. 69. Baron Condictionen §. 20.]

## §. 248.

### b) Durch freie Stellvertreter.

Die actio exercitoria und institoria (§. 247. 3.) wurden unter übrigens gleichen Voraussetzungen schon nach dem prätorischen Edict auch

gegen denjenigen gegeben, welcher eine nicht in seiner Gewalt befindliche Person als magister navis oder institor[1] angestellt hatte[a]. Nach gleichem Gesichtspunkt ist dann aber überhaupt, wenn Jemand vermöge allgemeinen oder besondern Auftrags eines Andern ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, daraus auch gegen diesen eine Klage gegeben, quasi institoria actio oder utilis actio ad exemplum institoriae[b]. So wird also durch das Rechtsgeschäft des Bevollmächtigten, sofern es dem Auftrag gemäß ist[c], mittelbar auch der Vollmachtgeber verpflichtet; der erste aber, wenn er ausdrücklich als Stellvertreter des letzten contrahirte, kann[1a] sich gegen die Forderung des andern Contrahenten durch Einrede schützen[d], sofern nicht gleichwohl auch er persönlich haften sollte[e], oder noch jetzt er des Vollmachtgebers Geschäfte führt[f]. Nach heutigem Recht macht sich auch hier die Ansicht geltend, daß, wenn das Rechtsgeschäft im Namen des Vollmachtgebers abgeschlossen worden, dieser, gleich als ob er selbst der Contrahent wäre, und somit als der unmittelbar und allein Verpflichtete zu betrachten sei[2]. Gleiches gilt von rechtmäßigen Rechtsgeschäften der Vormünder für ihre Mündel[g], der Geschäftsführer juristischer Personen für diese[h]. Auch wirkt die nachfolgende Genehmigung gleich dem vorhergehenden Auftrage[i]. Aber auch ohne nachfolgende Genehmigung wird derjenige, für welchen und in dessen Namen ein nicht Bevollmächtigter ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, dem letzten verpflichtet[k], insofern er jenes als zu seinem Vortheil eingegangen anzuerkennen gehalten ist[3], und dasselbe ist denn auch der Fall, wenn ein bevollmächtigter Stellvertreter wider seine Befugniß gehandelt oder deren Gränzen überschritten hat, soweit dies gleichwohl zum Vortheil des Geschäftsherrn gereicht[l]. Keineswegs aber ist zu behaupten[4], daß gegen jeden, dem mittelbar etwas durch das Rechtsgeschäft eines Andern zugekommen ist, deshalb eine Klage stattfinde[m].

[a] §. 2 a. (§. 2.) J. l. c. 4. 7. Gai. IV. 71. cf. L. 1. §. 4. D. de exercit. act. 14. 1. L. 1 sqq. D. de instit. act. 14. 3. [b] L. 16. 19. pr. D. de instit. 14. 3. L. 5. 6. Cod. eod. 4. 25. L. 10. §. 5. cf. L. 45. pr. D. mand. 17. 1. L. 13. §. 25. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 30 (31). pr. D. de neg. gest. 3. 5. [c] L. 5. §. 11. 12. D. de instit. 14. 3. [d] L. 20. D. l. c. L. 5. §. 3. (L. 6. §. 1.) D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 4. Cod. quod cum eo. 4. 26. [e] L. 67. D. de procurat. 3. 3. L. 45. §. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 4. pr. D. de re iud. 42. 1. [f] arg. L. 67. D. cit. [g] L. 5. §. 7. 8. D. de pec. const. 13. 5. cf. L. 4. Cod. si tut. 2. 24 (25). L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 1. Cod. eod. 5. 39. L. 2. pr. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. §. 1. D. de re iud. 42. 1. [h] L. 4. §. 2. D. l. c. cf. L. 27. D. de reb. cred. 12. 1. Nov. 120. cap. 6. §. 3. [i] L. 7. §. 3 (4). in f. Cod. quod cum eo. 4. 26. [k] L. 7. §. 3 (1). Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 3. §. 2..10. D. de in rem verso. 15. 3. L. 9 (10). D. de neg. gest. 3. 5. — L. 38. D. de evict. 21. 2. [l] L. 3. D. quando ex facto tut. 26. 9. L. 15 pr. D. de dolo. 4. 3. L. 13. §. 7. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 9. 10. D. de instit. act. 14. 3. L. 82. D. pro socio. 17. 2. [m] L. 15. Cod. si cert. pet. 4. 2. L. 13. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 8. Cod. depos. 4. 34. cf. L. 14. 49. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. L. 33. eod.

Anm. [1] Ueber die Lehre vom Institor nach röm. und heutigem Recht vgl. vorzüglich Thöl Handelsrecht (4. Aufl.) I. §. 20..33. Buchka Stellvertretung S. 37 fg. [1a Dagegen Brinz 2. Aufl. §. 259. A. 49.]

[2] Vgl. §. 246. A. 1. 4. A. M. auch hier nach röm., nicht aber nach heutigem Recht, Thöl §. 26. A. 6 fg. und S. 154 fg. Demnach bedarf es nun der Aushülfe durch die actio quod iussu, exercitoria und institoria eigentlich nicht mehr, da sich alle diese Klagen auf einen speciellen oder umfassenderen Auftrag gründen; doch kann die römische Theorie dieser Klagen auch für das praktische Recht noch benutzt werden, insofern es sich um nähere materielle Bestimmung der fraglichen Rechtsverhältnisse, nicht um bloße Consequenzen der beschränkten Grundsätze über Stellvertretung handelt. Savigny Obl.R. II. S. 51 fg. Thöl a. a. O. Bluntschli deutsches Privatr. §. 136. [Stobbe Handb. III. §. 170. Brinz 2. Aufl. II. S. 222 fg. 226.] Ob die actio de peculio und tributoria noch praktisch seien, hängt davon ab, ob ein Peculium im römischen Sinne heutzutage überhaupt noch vorkommt (§. 436.).

[3] L. 7. §. 3 (1). Cod. 4. 26. Alioquin si cum libero rem eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem: ***nisi vel in rem eius pecunia processit,*** vel hunc contractum ratum habuit. Aus dieser Stelle leitet man eine sog. utilis de in rem verso actio ab, analog der quasi institoria actio. So noch Chambon die Negotiorum Gestio, S. 193 fg. Eine Analogie zwischen beiden Klagen ist allerdings auch nicht zu verkennen. In der That aber ist die quasi institoria actio (not. b.) nichts anderes als eine cedirte mandati actio contraria des Bevollmächtigten, und so ist die in L. 7. §. 3 (1.) cit. (per argumentum a contrario) anerkannte Klage als eine utilis (*sc. tanquam cessa*) negotiorum gestorum contraria actio aufzufassen, arg. L. 38. D. 21. 2. [S. auch Brinz 2. Aufl. S. 221.]; die eigentliche de in rem verso actio ist umgekehrt als ein Surrogat für diese, sowie die actio quod iussu als ein Surrogat für die mandati contraria actio anzusehen, wo der Geschäftsführer eine abhängige Person ist (§. 247. 4.), arg. L. 3. §. 2. D. 15. 3. Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel, qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem (*sc. contrariam*). Savigny a. a. O. S. 31 fg. vgl. Ihering a. a. O. I. S. 342 fg., auch Zaun im prakt. Arch. n. F. I. S. 39. A. 40. und Witte a. a. O. S. 265 fg., aber noch Windscheid §. 483. A. 2. 5. [Mandry II. S. 472 fg. Brinz 2. Aufl. II. S. 219 fg.] — Einen andern Fall betrifft L. 5. §. 3. (L. 6. §. 1.) D. de neg. gest. 3. 5. Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem (ebenfalls *contrariam*, aber nicht *utilem*), adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Vgl. L. 30 (31). pr. D. de neg. gest. L. 13. Cod. si cert. pet. 4. 2. Eum, qui mutuam sumsit pecuniam, licet in res alienas, ***creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante,*** principaliter obligatum obnoxium remanere oportet. Witte a. a. O. S. 271 fg. Schletter's Jahrb. XII. S. 17.

[4] Früher hat man häufig der utilis de in rem verso actio eine ungemessene Ausdehnung gegeben. Dagegen und über die verschiedenen Meinungen vgl.: Kämmerer in Linde's Ztschr. VIII. 8. S. 349 fg. Witte a. a. O. S. 267 fg. [Ude im civ. Arch. L. 18.] Seuffert's Arch. I. 211. IV. 221. VI. 192. XIV. 238. XVI. 44. Vgl. übrigens noch Büff im prakt. Arch. VIII. 7. 13. [S. 209 fg. 417 fg.] „Hat

der Bestohlene wider den, welchem der Dieb das gestohlene Geld geliehen, eine persönliche Klage?" [und Rocholl Rechtsf. aus der Praxis des Reichsgerichts I. 5. S. 83 fg.]

## IV. Aenderung bestehender Obligationen.

### §. 249.

#### 1) Durch Verabredung.

Ein Schuldverhältniß kann im Verlauf der Zeit eine Aenderung seines Inhalts* erleiden. Dies kann vor Allem der Fall sein vermöge einer Verabredung, welche dem Hauptinhalt einer Obligatio hinzugefügt wird *(pactum adiectum)*. Hervorzuheben sind insbesondere gewisse Nebenverträge, welche ein Recht auf Wiederaufhebung eines Hauptvertrags und seiner Wirkungen begründen können, namentlich:

1) die Verabredung, wodurch die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts in das Belieben eines Contrahenten gestellt wird[a] („si displicuerit"[1], daher sog. pactum *displicentiae*); ist dafür nicht eine Zeitfrist vertragsmäßig festgesetzt, so wird in einem Falle dieser Art[b] die Ausübung jener Befugniß gesetzlich auf die Frist von 60 Tagen (dies utiles) eingeschränkt; woraus man mit Unrecht eine allgemeine Regel gemacht hat[2];

2) die Verabredung, wodurch einem Contrahenten, oder auch dem einen wie dem andern, gestattet wird, den Vertrag aufzuheben, falls sich innerhalb einer gewissen Zeit ein anderer Contrahent finde, der das gleiche Geschäft unter Jenem vortheilhafteren Bedingungen einzugehen bereit ist, d. i. *in diem addictio*[c]. Zur Erfüllung dieser Bedingung ist erforderlich, daß dem Berechtigten wirklich ein vortheilhafterer Antrag gemacht[d] und von demselben auch angenommen werde[e]; alsdann aber ist dem andern Contrahenten in der Regel noch freizustellen, unter denselben Bedingungen das Geschäft für sich aufrecht zu halten[f];

3) die Verabredung, wodurch ein Contrahent berechtigt wird, das Geschäft als nicht geschlossen zu behandeln, falls der andere seine Verbindlichkeit aus demselben nicht rechtzeitig erfülle[g], d. i. die *lex commissoria*. Tritt dieser Fall ein, wozu es einer Mahnung nicht bedarf[h], so hängt es von dem Berechtigten ab, das Geschäft aufzuheben[i]; er verzichtet darauf, indem er später noch Erfüllung ganz oder zum Theil annimmt[k] oder darauf klagt[l].

[a] L. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 2. §. 5. D. pro emt. 41. 4. L. 11. §. 13. D. quod vi aut clam. 43. 24. [b] L. 31. §. 22. 23. D. de aed. ed. 21. 1. [c] Dig. de in diem addictione. 18. 2. [d] L. 4. §. 6. L. 5. D. l. c. L. 10. 14. pr. §. 5. L. 15. eod. — L. 11. pr. eod. [e] L. 9. 11. §. 1 . . L. 13. 14. §. 2. D. eod. cf. L. 13. §. 1. L. 14. §. 3. L. 18. eod. [f] L. 6. §. 1. L. 7. 8. eod. [g] Dig. de lege commissoria. 18. 3. [h] L. 4. §. 4. D. l. c. cf. L. 8. eod. L. 7. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [i] L. 2. 3. L. 4. §. 2. D. h. t. [k] L. 6. §. 2. eod. [l] L. 7. eod. L. 4. Cod. l. c.

Diese Nebenverabredungen, in den Quellen nur beim Kaufe erwähnt, aber gleicher Weise auch bei andern gegenseitigen Verträgen möglich, erscheinen und wirken, wo sie zur Anwendung kommen, als auflösende[m] Bedingungen[2a]. Die Contrahenten sind aber zugleich persönlich durch das Rechtsgeschäft verpflichtet, einander zurückzuerstatten, was sie vermöge desselben erhalten haben, Haupt- und Nebensachen[n]. In Folge der lex commissoria jedoch erhält der säumige Contrahent der Regel nach[3] nicht zurück, was er als Arrha oder als Theil seiner Vertragsverbindlichkeit geleistet hat[o], kann aber für das letzte die inzwischen gezogenen Früchte der zurückzugebenden Sache zurückhalten[p]. Durch besondere Verabredung kann derselbe auch für den Schaden haftbar werden, der dem Gegner aus der Auflösung des Vertrags erwächst[q].

Uebrigens können ähnliche Nebenverabredungen, nur in entgegengesetzter Richtung, auch als aufschiebende Bedingungen bei einem Vertrage vorkommen[r]; was im einzelnen Fall beabsichtigt sei, kann zweifelhaft sein; es ist dies eine Frage der Willensauslegung.

[* Daß die im §. besprochenen Modificationen häufig schon bei der Contrahirung der Obligation als Nebenverträge beigefügt werden, wo sie dann nicht eine Aenderung an einer bestehenden Obligation bilden, ist ebenso richtig, wie daß es außer den in §§. 249 fg. behandelten noch viele andere Veränderungen bestehender Obligationen gibt. Wächter §. 191. Note * und in letzterer Beziehung bes. Brinz 2. Aufl. §. 264. — Zum ganzen §. s. vorz. Wendt Reurecht und Gebundenheit. 2. Heft. die Reuverträge 1879.]

Anm. [1] Dieser Ausdruck kommt in den Quellen vor in Beziehung auf die Waare beim Kaufe („si *res* displicuerit", nicht „si *emtio* displicuerit"); vgl. unten §. 301.

[2] Dagegen Windscheid §. 323. Anm. 14. mit Goldschmidt in d. Ztschr. für Handelsrt. I. S. 125 fg. Fitting das. II. S. 272 fg. [Vgl. aber Czyhlarz z. L. v. d. Resol.Bed. S. 48 fg. Wendt §. 6.]

[2a Dagegen Wendt a. a. O. §. 4. S. 42 fg.: „Die einzige Parallele, welche dem Wesen des Reuvertrages gerecht wird, ist . . . die der Anfechtungsbefugniß, welche von Rechts wegen ein in voller Wirkung stehendes Geschäft zu entkräften und zu beseitigen vermag."]

[3] Ueber die Regel in not. o. p. sind die Meinungen verschieden, weil L. 8. und L. 1. citt. ausdrücklicher Verabredung des Verlustes der Arrha erwähnen, und L. 4. §. 1. cit. den Verlust des theilweise gezahlten Preises nur als möglich (vermöge besonderer Verabredung) voraussetze. Vgl. Glück's Comment. XVI. S. 289 fg. Aber dagegen L. 6. pr. cit. De lege commissoria interrogatus ita respondit: si per emtorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, ***et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud ven-***

[m] §. 71. A. 5. 6. [n] L. 4. §. 4. L. 6. pr. L. 16. cf. L. 20. D. de in diem add. L. 4. pr. L. 5. D. de lege commiss. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 4. pr. Cod. de aed. act. 4. 58. [o] L. 6. pr. D. de lege commiss. cf. L. 8. eod. L. 1. Cod. de pact. int. emt. et vend. 4. 54. [p] L. 4. §. 1. D. de leg. com. 18. 3. [q] L. 4. §. 3. eod. [r] §. 67. A. 2. cf. §. 4. J. de emt. vend. 3. 23. L. 20. pr. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5.

*ditorem remansurum.* L. 4. §. 1. cit. Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. *Igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit.* Nicht hierher gehört L. 6. Cod. 4. 54 Cum te fundum tuum, certae rei contemplatione inter vos habita, exiguo pretio in alium transtulisse commemoras, poterit ea res tibi non esse fraudi: quando non impleta promissi fide dominii tui ius in suam causam reverti conveniat. Et ideo aditus competens iudex fundum ... restitui tibi cum fructibus suis ... perficiet: praesertim cum (et) diversa pars receptis nummis suis nullam passa videri possit iniuriam. Doch scheint dieses Rescript auch nicht, wie Sintenis §. 101. A. 31. annimmt, von der ausbedungenen Rückgängigkeit des Kaufs, sondern vielmehr von einem ob causam eingegangenen unvortheilhaften Verkaufe zu reden, welcher non impleta promissi fide, also causa non secuta, nach allgemeinen Grundsätzen (Dig. 12. 4.) rückgängig gemacht werden kann. Vgl. über einen verwandten Fall L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Savigny Obl. II. S. 264. — Ueber die lex commissoria überhaupt: Burckhard im civ. Arch. LI. 12. 17.

### 2) Durch Verletzung.

## §. 250.

### a) Durch Verschulden des Verpflichteten. Dolus und Culpa.

Wenn sich der Schuldner durch absichtlich rechtswidriges Handeln (Dolus) oder durch Mangel der seinem Verpflichtungsverhältniß angemessenen Achtsamkeit und Sorgfalt (Culpa) die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ganz oder zum Theil unmöglich macht (§. 85. 86.), so ist er dafür dem Gläubiger verantwortlich. Dieser kann von ihm Ersatz des Interesse fordern, und zwar mit der Klage aus der Obligatio, die dadurch verletzt worden ist, deren Inhalt also dadurch eine Aenderung erleidet*.

Für Dolus ist der Verpflichtete in allen Fällen verantwortlich; selbst durch besondere Verabredung kann die Haftung dafür nicht im Voraus ausgeschlossen werden[a]; wenn jedoch ein Dolus von der einen und der andern Seite zusammentreffen, so heben sich beide einander auf[b]. Dem Dolus aber ist regelmäßig die grobe Fahrlässigkeit (lata culpa) gleichgestellt[c], so daß unter Culpa im Gegensatz von Dolus nur eine gewöhnliche Schuld (levis culpa) zu verstehen ist[d]. Für eine Fahrlässigkeit der letzten Art haftet der Verpflichtete der Regel nach nicht, wenn er von dem Verpflichtungsverhältniß keinen Vortheil hat[1]; außerdem ist er der Regel nach für jede Fahrlässigkeit (omnis culpa, also auch für levis

[a] L. 23. D. de R. J. L. 27. §. 3. 4. D. de pact. 2. 14. L. 17. pr. D. commod. 13. 6. L. 4. §. 7. D. depos. 16. 3. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. [b] L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. cf. L. 3. §. 3. D. de eo per quem factum. 2. 10. L. 36. D. de dolo. 4. 3. [c] L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. L. 226. D. de V. S. (§. 86. not. e. f. g. l.). [d] §. 86. not. i.

culpa) verantwortlich[e]. Jedoch tritt, obgleich der Verpflichtete keinen Vortheil hat, die strengere Haftung ein, wenn er sich für ein Geschäft aufdringt oder unaufgefordert anbietet[f], und wenn seine Verpflichtung auf Führung fremder Angelegenheiten gerichtet ist, als welche ihrer Natur nach alle Sorgfalt (exactam diligentiam diligentis patrisfamilias) in Anspruch nimmt[g]. Dagegen beschränkt sich in einigen Fällen, obgleich der Verpflichtete Vortheil hat, die Haftung doch nur auf grobes Verschulden[h]. In gewissen Fällen endlich der einen oder andern Art haftet zwar der Verpflichtete auch für geringeres Verschulden, ist aber doch für mehr nicht als für Anwendung der ihm in eigenen Angelegenheiten gewöhnlichen Sorgfalt (diligentia quam suis rebus adhibere solet[i]) verantwortlich[2].

Inwiefern die hiernach vom Schuldner zu leistende Sorgfalt sich in besonderer Richtung, namentlich in Bewahrung einer Sache gegen Entwendung und Beschädigung (diligentia in custodiendo[2a]) zu bethätigen habe, hängt von dem besondern Inhalt und Gegenstande des Schuldverhältnisses ab[k].

Die Beschränkung der Verantwortlichkeit, die sich nach obigen Bestimmungen ergeben kann, schützt übrigens den Schuldner nicht gegen die Ersatzverbindlichkeit wegen solcher Versehen in Ansehung des Schuldgegenstandes, wegen deren er auch abgesehen von besonderem Verpflichtungsverhältnisse verantwortlich sein würde[l] (culpa in faciendo, Aquilische Culpa, §. 85.), obgleich allerdings bei der Frage, ob ihm eine Beschädigung als Verschulden der Art zuzurechnen sei[m], die besondere Beziehung, in welche er durch das obligatorische Verhältniß zu der beschädigten Sache versetzt worden ist, mit in Erwägung kommen kann[3].

Außerdem kann in allen Fällen das regelmäßige Maß der Verantwortlichkeit, theils durch besondere Verabredung[n], theils durch Verzug (§. 251.), bald beschränkt, bald erweitert, und selbst bis zur Haftung für den bloßen Zufall ausgedehnt werden[o].

[e] L. 108. §. 12. D. de legat. I. L. 5. §. 2. 3 (2). L. 18. pr. D. commod. 13. 6. cf. L. 23. cit. [f] L. 1. §. 35. D. depos. 16. 3. L. 54 (53). §. 3. D. de furt. 47. 2. [g] L. 11. 13. 21. Cod. mand. 4. 35. L. 10 (11). D. de neg. gest. 3. 5. L. 8 (6). D. de adm. rer. civ. 50. 8. [h] L. 8. §. 3. D. de precario. 43. 26. — L. 1. §. 1. D. si mensor. 11. 6. [i] L. 72. D. pro socio. 17. 2. L. 25. §. 16. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 23 (22). §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. §. 4. (L. 11.) Cod. de pact. conv. super dote. 5. 14. — L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3. [k] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 10. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 52. §. 3. D. pro soc. 17. 2. L. 12. pr. L. 14. pr. §. 1. D. de furt. 47. 2. cf. §. 3 a. (3). J. de emt. vend. 3. 23. L. 21. D. de rei vind. 6. 1. [l] L. 18. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 10. pr. D. comm. div. 10. 3. cf. L. 12. §. 6. L. 13. pr. D. de lib. caus. 40. 12. [m] cf. L. 54. §. 2. D. de acquir. dom. 41. 1. [n] L. 23. D. de R. J. L. 1. §. 6. 10. 35. D. depos. 16. 3. cf. L. 27. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. [o] §. 3 a. (3). J. de emt. vend. 3. 23. L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

Sind beide Parteien in Schuld, so heben die gegenseitigen Schadensansprüche einander auf, soweit sie gleich sind[p], und daraus kann denn auch für denjenigen, welcher zunächst durch sein Verschulden (nicht durch Dolus) einen Schaden verursacht hat, eine Minderung oder selbst völlige Aufhebung seiner Ersatzpflicht sich ergeben, insofern die Folge seines Verschuldens mittelbar durch eigenes Verschulden des Beschädigten vergrößert oder veranlaßt ist[q], während in andern Fällen der nächste Urheber der Beschädigung sogar von jedem Verschulden frei zu sprechen[r], und die eigentliche Ursache derselben in dem eigenen Verhalten des Beschädigten zu suchen ist[4].

Den Beweis[5], daß er in Folge eines Umstandes, für den er nicht zu haften habe, also ohne seine Schuld außer Stande sei, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, hat der Schuldner zu führen, der auf Grund einer erwiesen entstandenen Obligatio belangt wird[s]; wo aber der Kläger auf ein Verschulden des Gegners einen neuen nicht an sich schon durch das Schuldverhältniß gegebenen Anspruch gründet, liegt ihm auch zunächst ob, jenes als die Voraussetzung seines Anspruchs zu erweisen[t].

Bei Correalobligationen macht das Verschulden eines Mitschuldners auch die übrigen Mitschuldner verantwortlich[6] [7].

[* „Ihrem allgemeinen Wesen nach ist die Verschuldung innerhalb der Obligation von gleicher Beschaffenheit wie außerhalb der Obligation . . allein . . dadurch, daß Jemand forderungsberechtigt ist, werden Rechtsverletzungen, insonderheit Schädigungen möglich, von welchen außerdem nicht die Rede sein kann . . . durch Unmöglichmachung, durch Entwerthung, durch Unterlassung oder unrichtige Ausführung einer Leistung . . . Ob eine Schuld vorliege und ob sie zu prästiren sei, sind zwei ganz verschiedene Fragen . ." und „ist zu behaupten, daß . . das Maß der Prästation . . vielmehr der besonderen, als der allgemeinen Natur der einzelnen Obligationen entnommen sei." Brinz 2. Aufl. §. 266. 267. S. 249 fg. 254.]

Anm. [1] Als Regel wird dies, insbesondere in Beziehung auf bonae fidei obligationes, in den in not. e. angeführten Stellen klar ausgesprochen. a) L. 108. §. 12. D. de leg. I. cit. Quum quid tibi legatum fideive (Hal. *fideique*) tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. b) L. 5. §. 2. D. commod. 13. 6. Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum

[p] L. 10. D. de compens. 16. 2. [q] L. 45. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 22. §. 4. D. de pign. act. 13. 7. L. 203. D. de R. J. cf. L. 23. §. 8. D. de aedil. ed. 21. 1. L. 29. §. 1. D. de evict. 21. 2. L. 62 (61). §. 7. D. de furt. 47. 2. [r] cf. §. 4. 5. J. de lege Aquil. 4. 3. L. 9. §. 4. L. 28. 31. in fine. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [s] L. 3. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 16. D. depos. 16. 3. [t] L. 18. §. 1. D. de prob. 22. 3. cf. L. 18. §. 3. D. commod.

solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur), aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. §. 3 (2. i. f.). Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. c) L. 18. pr. eod. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas; sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita fiat culpae aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. d) L. 17. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5 . . . Si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

[2] Eine Zusammenstellung der verschiedenen Fälle nach dem Grade der Haftung gibt L. 23. D. de R. J. Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium; dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutela, negotia gesta; in his quidem et diligentiam; societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. — Huschke im Rh. Mus. VII. S. 74 fg. 78. hat diese Stelle folgendermaßen corrigirt: Contractus . . . pignori acceptum, locatum, negotia gesta (in his quidem et diligentia praestatur); item dotis datio, tutela, societas et rerum communio u. s. w., wie oben. Uebrigens vgl. Bethmann-Hollweg über die Classification der Contracte in Beziehung auf Culpa, Anh. IV. zu Hasse's Culpa, 2. Ausgabe. [S. 553 fg.] (§. 85. A. 1.). Dazu Mommsen Beitr. III. S. 391 fg. — Gegen eine von Asher in Linde's Ztschr. n. F. XXII. 8. [S. 279 fg.] aufgebrachte Unterscheidung von ipse dolus und quasi dolus vgl. Arndts in Haimerl's Vjschr. XVII. 8. (civ. Schr. I. 25.)

— Eine Schrift von Kniep über Contracts-Culpa, Rostock 1873, nimmt einen älteren Begriff von Culpa an, ohne Zurechenbarkeit; vrbr. Hölder in d. krit. Vjschr. XVI. S. 539 fg.

[2a Dagegen, „daß dieses Hüten und Bewahren eine bloße species diligentiae sei“ und überhaupt über custodia vgl. jetzt Brinz 2. Aufl. §. 268. 269., der zu dem Ergebniß kommt, in den Quellen habe jedes ausdrückliche und nicht näher bestimmte Custodiaversprechen den Sinn eines Garantieversprechens. Vgl. noch Baron im civ. Arch. LII. 2.]

3 Ueber die verschiedenen Ansichten in Betreff dieser Frage vgl. Löhr Theorie der Culpa S. 81 fg., Beiträge S. 219. und im Mag. III. S. 173 fg.; Hasse Culpa §. 36. 37. — Hagemeister in Löhr's Mag. III. S. 145 fg. Sintenis §. 101. A. 38.

4 Vgl. Demelius über Compensation der Culpa, in den dogm. Jahrb. V. 2. [Hesse im civ. Arch. LXI. S. 253 fg. Pernice Labeo II. S. 32 fg.]

5 Vgl. darüber Weber v. d. Beweisführung Nr. VI. §. 21..25. [S. 134..143. d. 3. Aufl.]. Seuffert Erörtr. I. S. 117 fg. Puchta §. 267. Sintenis §. 101. A. 67. mit Mommsen III. S. 374 fg. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 281 fg. Pand. §. 265. A. 16..19. [Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 70. Wächter I. §. 87. Beil. II. Hesse über den Beweis d. Culpa bei Contractsklagen, im prakt. Arch. n. F. XIII. (dritte Folge II.) 1. 10 (recte: 3.) S. 1 fg., 109 fg.]

6 So nehmen die meisten an nach L. 18. D. de duob. reis. 45. 2. (Pompon.) Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Vgl. Ribbentrop Correalobl. S. 28 fg. Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 19 fg. Wirth im civ. Arch. XXXIX. 6. Mommsen Beitr. III. S. 280. Samhaber Correalobl. S. 102 fg. Ubbelohde untheilb. Obl. S. 266. Dagegen suchen Andre den Satz durch gewaltsame Interpretation oder Emendation zu beseitigen, weil sie ihn mit andern Aussprüchen (L. 88. D. de V. O. L. 19. D. de dolo malo. L. 32. §. 4. 5. D. de usur. cf. L. 91. §. 5. D. de V. O.) für unvereinbar halten. Girtanner Bürgsch. S. 407 fg. [anders Stipulation S. 265. A. 217.]. Kuntze die Obl. S. 154 fg. Bekker Jahrb. III. 4. S. 123 fg., glaubt dadurch zu helfen, daß er *factis* in *sociis* verwandelt, aber dagegen mit Recht Samhaber S. 106 fg. und Fritz in Linde's Zeitschr. XIX. S. 85 fg. Der Letzte hat dagegen nichts einzuwenden gegen die Erklärung Fitting's (Correalobl. S. 81. 241.), welcher das „factum“ in L. 18. cit. auf Handlungen, wodurch die Klagenverjährung unterbrochen wird, bezieht und darin eine Hindeutung auf L. 4 (5). Cod. de duob. reis. 8. 39 (40). findet, vermuthend, daß Pomponius geschrieben habe, „non nocet“, und dafür erst von den Compilatoren gesetzt sei „quoque nocet“; Fritz glaubt jedoch, die Stelle lasse sich auch schon im Sinne des Pomponius auf andere Fälle beziehen, z. B. wenn ein correus socius ein pactum de non petendo geschlossen habe, dem replicatio doli oder metus entgegenstehe, oder der eine correus in mora sei, und nun der andere eine culpa begehe. Aehnlich Baron die Gesammtrechtsverhältnisse S. 285 fg. und so auch Windscheid §. 295. A. 13. Auch diese Erklärungen sind nicht freizusprechen von dem Vorwurf der Gezwungenheit. Auch steht L. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45. 2. der herrschenden Ansicht nicht entgegen. [S. jetzt Brinz 2. Aufl. §. 253. S. 176: „Facta .., welche die Schuld selbst vergrößern, müssen Alle treffen, wenn sie gleich nur der Eine verschuldet; denn die Eine Schuld kann nicht gleichzeitig kleiner und größer sein.“ Ganz anders wieder Leonhard Irrthum S. 525. Note 1. Neuestens Unger in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 250:

„Die Haftung für das Verschulden des andern Correus ist . . stets eine Haftung aus eigener Schuld: wenn und soweit den Correus eine Mitschuld trifft, ist er ex facto des andern Gesammtschuldners haftpflichtig . . . es trifft ihn der Vorwurf, daß er die Pflicht gemeinsamer Obsorge nicht erfüllt habe."]

7 Eine besondere Frage ist noch, in wiefern Jemand in obligatorischen Verhältnissen auch wegen Verschuldens seiner Stellvertreter und Gehülfen verantwortlich werde? Darüber Ubbelohde im prakt. Arch. VII. 11. S. 229 fg. und in d. Zeitschr. für Handelsrecht VII. S. 199 fg. R. J. Burchardi über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obl. Kiel 1861. (vgl. Kuntze in Schletter's Jahrb. VIII. S. 215 fg.). Wyß die Haftung für fremde Culpa nach R. R. 1867. S. 71 fg. (vgl. Schletter's Jahrb. XIII. S. 97 fg., Bechmann in d. krit. Vjschr. X. S. 313 fg.). Windscheid Pand. §. 401. A. 5 fg. §. 482. A. 15. [Dernburg Preuß. Priv. R. II. §. 68. Dreyer Gutachten in Verhdlgen. d. XVII. d. Jur.-Tag. I. S. 46 fg. O. Mayer ebda. S. 125 fg. Brinz 2. Aufl. §. 270. stellt als Princip auf, es erstrecke sich „die Haftung des Obligirten auch auf diese Verschuldungen nur unter der Voraussetzung, daß die Verschuldung des Dritten zugleich als seine Schuld erscheint" — findet diese aber vor, wo Andere sie nicht finden zu können vermeinen, indem er namentlich betont, daß den Quellen für die Annahme einer culpa in *eligendo* mehr der Erfolg, als die Auswahl maßgebend sei.] In Betreff unerlaubter Handlungen eines Geschäftsführers vgl. insbesondere L. 5. §. 3. D. de doli except. 44. 4. L. 1. §. 2. 4. 5. D. de exercit. act. 14. 1. L. 5. §. 8. D. de instit. act. 14. 3. Idem (*Labeo*) ait, si libitinarius, (quos graece *νεκροθάπτας* vocant) servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et iniuriarum actio competeret. L. 5. §. 10. eod. Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur. Die letzte Stelle erklären ohne Textänderung, aber verschieden, Vangerow III. §. 661. [S. 497 fg.] Thöl Handelsrecht §. 33. A. 4. (vgl. Keller in Bekker's Jahrb. II. 5.) Ude im civ. Arch. LIII. 8.; Puchta §. 278. not. d. emendirt *imperarem* statt *imperaret*, indem er dies Wort im Sinn von „Bestellen" nimmt, womit übereinstimmt Dedekind im civ. Arch. XLI. 8., auch Th. Mommsen in den Dig. ad h. l., jedoch mit der Emendation *imperaretur* oder *imperarent;* Jhering aber in d. dogm. Jahrb. II. S. 78 fg. liest *„ut discipulus servis"* anstatt *ut discipulis suis*, wogegen wieder Rudorff zu Puchta a. a. O. (10. Aufl. S. 404. [anders in der 11. Aufl. S. 427 fg., wo er Vangerow beitritt]) des letzteren Emendation und Erklärung vertheidigt; dagegen Windscheid a. a. O. [Vgl. jetzt noch Brinz a. a. O. A. 35. und eine neue Erklärung bei Schloßmann im civ. Arch. LXIII. 9. S. 208 fg., der unter procurator einen Generalbevollmächtigten versteht, der eben durch seine Handlungen und Unterlassungen nur selbst verpflichtet worden sei.]

## §. 251.

### b) Durch Verzug. Mora[1].

Die Verzögerung einer Leistung, Mora im weitern Sinn[a], kann vermöge besonderer Festsetzung (Vertrag oder letztwilliger Verfügung) besondere rechtliche Folgen haben[b]. Unter gewissen Voraussetzungen aber hat sie nach Rechtsvorschrift eigenthümliche Wirkungen, die eine Aenderung des Schuldverhältnisses mit sich bringen. Eine rechtswidrige Verzögerung dieser Art ist Verzug oder Mora im engern vorzüglichen Sinn[c], und zwar Verzug des Schuldners, mora solvendi oder mora debitoris, wenn sie dem Schuldner zur Last fällt, Verzug des Gläubigers, mora accipiendi oder mora creditoris, wenn es am Gläubiger lag[1a], daß die Leistung nicht erfolgte.

1) Der Verzug des Schuldners hat die Wirkung, daß dieser nunmehr selbst durch zufällig eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung[d] nicht befreit wird[2], um so mehr also nun für jedes Verschulden haftet, wenn er auch bis dahin nur in beschränkterem Maße verantwortlich war[e]; daß beim Ersatz des Werthes der höchste Werth in Anschlag kommt, den der Schuldgegenstand seit dem Verzuge gehabt hat[f]; daß der säumige Schuldner überhaupt dem Gläubiger das Interesse zu leisten hat[g], und von einer Geldschuld insbesondere Verzugszinsen[3] zu zahlen schuldig ist[h]. Um aber den Schuldner in Verzug zu setzen, ist, die Fälligkeit der Forderung vorausgesetzt[i], regelmäßig[4] eine Aufforderung zur Erfüllung (Mahnung, interpellatio) von Seiten des Gläubigers erforderlich[k]; nur ausnahmsweise[5] treten jene Wirkungen auch ohne Mahnung ein[l]. Ist eine bestimmte Zeit der Erfüllung festgesetzt, so kann dieß nicht nur nach ausdrücklicher Verabredung oder nach dem besondern Inhalt des Geschäfts den Sinn und die Wirkung haben, daß der Schuldner zu der bestimmten Zeit auch ungemahnt zu leisten habe und durch Versäumung

[a] L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 24. pr. D. de usur. 22. 1. cf. L. 38. §. 6. eod. L. 13. 26. §. 3..5. D. de fideicommiss. libert. 40. 5. [b] L. 12. Cod. de contrah. stip. 8. 37 (38). L. 23. D. de O. et A. 44. 7. §. 249. not. g..l. [c] L. 173. §. 2. D. de R. J. L. 127. D. de V. O. 45. 1. Dig. de usuris et fruct. et caus. et omnib. access. et mora. 22. 1. [d] L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 25. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. D. de legat. I. L. 24. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [e] L. 25. §. 2. cit. cf. L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. §. 3. D. depos. 16. 3. [f] L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 3. D. de cond. trit. 13. 3. L. 3. §. 3. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 21. §. 3. cit. L. 114. D. de V. O. cf. L. 24. §. 4. D. locati. 19. 2. — L. 8. 14. pr. 38. D. h. t. 22. 1. [h] L. 32. §. 2. L. 34. 37. eod. L. 20 (19). D. de peric. 18. 6. L. 13. Cod. de act. emti. 4. 49. L. 10. §. 3. D. mand. 17. 1. u. a. [i] L. 88. D. de R. J. L. 49. §. 3. L. 127. D. de V. O. 45. 1. [k] L. 32. pr. §. 1. 3. D. h. t. 22. 1. L. 23. 24. D. de V. O. 45. 1. L. 36. §. 3. D. de legat. I. — cf. L. 24. §. 2. D. h. t. 22. 1. [l] L. 23. §. 1. D. h. t. cf. L. 2. D. de naut. foen. 22. 2. — L. 8. §. 1. D. de cond. furt. 13. 1. L. 7. Cod. de cond. ob turp. caus. 4. 7. L. 1. §. 35. L. 19. D. de vi. 43. 16. L. 45 (46). §. 4. Cod. de episcop. 1. 3. (lex restituta) vgl. mit Nov. 131. cap. 12.

der Zeit ohneweiters dem Gläubiger für den Nachtheil verantwortlich werde[m], sondern es wird, wenn auch nicht nach römischem Recht[n], doch nach der heutigen Praxis die Bestimmung einer Zahlungszeit im Zweifel so aufgefaßt, daß der Schuldner auch ohne Mahnung durch bloße Versäumung der Zeit in Verzug gesetzt werde[6]. Aber auch den gemahnten Schuldner treffen doch die Folgen des Verzugs nicht, wenn die Verzögerung der Leistung durch hinreichende Gründe[o] gerechtfertigt ist[7], wohin aber selbst unverschuldete Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, wie überhaupt bloße Schwierigkeit der Leistung für den Schuldner, insofern ihm nicht die Erfüllung ohne sein Verschulden unmöglich geworden, nicht zu rechnen ist[p]. Bei einer Gesammtschuld (§. 213.) treten die Wirkungen des Verzugs nur gegen denjenigen Gesammtschuldner ein, der für seine Person in Verzug gesetzt ist[q].[7a]

2) Der Verzug des Gläubigers bewirkt, daß der Schuldner nunmehr durch jede später eintretende nicht durch grobes Verschulden (dolus aut lata culpa) desselben verursachte Unmöglichkeit der Leistung befreit wird[r], und der Gläubiger ihm das Interesse wegen vereitelter Zahlung zu leisten hat[s]. Der Gläubiger aber ist in Verzug, wenn er den Empfang der in gehöriger Weise[8] angebotenen Leistung ohne rechtlichen Grund verweigert hat[t], oder diese sonst von seiner Seite verhindert ist[9], während von Seiten des Schuldners das Erforderliche geschehen war, um dieselbe zu vollziehen[u], wozu, wenn Ort und Zeit der Leistung bestimmt war, schon das genügt[10], daß der Schuldner zur Erfüllung bereit sich einfindet, der Gläubiger ausbleibt[v].

Der Verzug des Gläubigers wie des Schuldners wird aufgehoben[11] (mora *purgatur*), wenn der Säumige zu dem früher Versäumten später sich bereit zeigt, vorausgesetzt, daß er dem andern Theile zugleich auch dasjenige zu gewähren bereit ist, was diesem in Folge des Verzugs gebührt[w]. Die Aufhebung der Obligatio selbst hebt auch den Verzug

[m] L. 34. D. de R. J. L. 9. §. 1. L. 12. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 135. §. 2. D. de V. O. 45. 1. L. 47. D. de act. emti. 19. 1. L. 10. Cod. eod. 4. 49. [n] arg. L. 41. §. 1. D. de V. O. 45. 1. (§. 220. not. f.) — L. 49. §. 3. eod. L. 17. §. 4. D. h. t. 22. 1. — L. 34. in f. D. de R. J. [o] L. 114. D. de V. O. 45. 1. L. 91. §. 3. eod. — L. 9. §. 1. L. 17. §. 3. L. 21. 22. 23. pr. 24. pr. 47. D. h. t. 22. 1. L. 23. §. 1. D. de recept. 4. 8. L. 5. D. de reb. cred. 12. 1. L. 21. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 42. 99. D. de R. J. — cf. L. 82. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 89. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. [p] L. 137. §. 4. D. de V. O. 45. 1. [q] L. 32. §. 4. D. h. t. 22. 1. L. 173. §. 2. D. de R. J. [r] L. 15. 18 (15. 17). D. de periculo. 18. 6. L. 105. D. de V. O. 45. 1. L. 72. pr. D. de solut. 46. 3. [s] L. 3. §. 4. L. 38. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6. [t] L. 39. L. 72. pr. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 122. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 41. §. 1. D. h. t. 22. 1. [u] L. 3. §. 4. cit. L. 4. Cod. de usur. pup. 5. 56. [v] arg. L. 23. §. 1. D. h. t. 22. 1. L. 18. pr. D. de pecun. const. 13. 5. L. 4. §. 2. D. de peric. et commodo. 18. 6. cf. L. 6. Cod. de usur. 4. 32. [w] L. 73. §. 2. L. 91. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 72. §. 1. in f. D. de solut. 46. 3. — L. 18 (17). D. de periculo. 18. 6. L. 51. pr. D. de act. emti. 19. 1.

auf[x], dessen Wirkungen außerdem durch Verabredung immer beseitigt werden können.

Anm. [1] Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Madai d. L. von der Mora. Halle 1837. C. W. Wolff zur Lehre von der Mora. Göttingen 1841. Vgl. Sintenis §. 93. Vangerow III. §. 588. Die beste Bearbeitung: Fr. Mommsen die Lehre v. d. Mora, Beitr. z. Obl.-Recht. Abth. III. Braunschweig 1855 (darüber Windscheid in d. Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 253 fg.). Heimbach im Rtslex. XII. S. 840..1044. Unger in Haimerl's Vjschr. XIV. S. 125..134. Kniep die Mora des Schuldners nach röm. u. heut. Recht. 1871. 1872 (drbr. Esmarch in d. kr. Vjschr. XIV. S. 224 fg. Göppert in d. Ztschr. f. deutsche Gstzg. VI. S. 409 fg.). [Schey Begriff u. Wesen d. mora cred. im österr. u. gem. R. 1884.] — Windscheid Pand. 4. Aufl. §. 276..281 (Verzug des Schuldners), §. 345. 346 (Verzug des Gläubigers). [Brinz 2. Aufl. §. 271..275.]

[1a Inwiefern Mitwirkung des Gläubigers zur Erfüllung erforderlich sei? Vgl. Kohler in dogm. Jahrb. XVII. S. 261 fg. Schey S. 27 fg.]

[2] Diese Wirkung wird bezeichnet durch den Ausdruck: *perpetuatur* oder *perpetua fit obligatio* u. dgl. L. 91. §. 3. D. de V. O. L. 58. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. L. 24. in f. D. h. t. 22. 1. cf. L. 59. §. 5. D. mand. 17. 1., der nicht auf Ausschließung der Verjährung zu beziehen ist. — Streitfrage: ob diese Wirkung wegfalle, wenn erwiesen wird, daß der Verlust den Gläubiger auch bei rechtzeitiger Erfüllung getroffen haben würde? arg. L. 15. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 14. §. 1. D. depos. 16. 3. cf. L. 47. §. 6. D. de legat. I. Vgl. die Stellen in not. l. Haenel dissensiones domin. pag. 138 sq. §. 23. Madai §. 46..48. Wolff §. 40. Vangerow §. 588. A. 3. Sintenis §. 93. A. 44. Savigny VI. S. 184 fg. (§. 167. A. 1.) Mommsen S. 186 fg. Unger a. a. O. A. 10. Windscheid §. 280. A. 15. Die Entscheidung dieser Streitfrage influirt auch auf den Satz unter not. f.

[3] L. 32. §. 2. D. h. t. In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur. L. 2. Cod. depos. 4. 34. Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent. Aber auch bei Vermächtnissen: L. 34. D. h. t. cf. L. 3. Cod. 2. 40 (41). Pauli sent. III. 8. §. 4. Gai. II. §. 280., bei der Pollicitatio: L. 1. pr. D. de pollicit. 50. 12., und in andern Fällen: L. 38. §. 8..16. D. h. t. 22. 1. Anders nach R. R. der Regel nach in stricti iuris iudiciis, also namentlich beim Darlehen. Ueber das heutige Recht vgl. §. 206. A. 2. §. 210. A. 2. Z. 5. Madai §. 52. Mommsen §. 24. — Verschieden von den Verzugszinsen sind die Proceßzinsen, die nach Beginn des Rechtsstreits auch dann zu vergüten sind, wenn eine Mora des Beklagten nicht vorliegt. Savigny VI. S. 121 fg. vgl. mit S. 81 fg. [Wächter II. S. 298. Z. II. Für „eine Art" von Verzugszinsen erklärt sie Brinz 2. Aufl. §. 244. bei A. 15.] (S. noch oben §. 113. A. 4. b.).

[4] Pauli sent. III. 8. §. 4. Mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur. L. 32. pr. D. h. t. Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius . . . scripsit, difficilis est huius rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti quam iuris. Vgl. Mommsen §. 5..7. [Brinz 2. Aufl. II. S. 292 fg.]

[x] L. 29. §. 1. D. de V. O. L. 17. D. de cond. furt. 13. 1. — L. 8. pr. D. de novat. 46. 2. cf. L. 14. pr. L. 31. pr. eod. L. 72. §. 1. 2. D. de solut. 46. 3.

[5] Die Ausnahmen nach not. l. sind: a) wenn die Mahnung durch Abwesenheit des Schuldners unmöglich gemacht ist, wo jedoch eine Kundgebung des Willens zu mahnen vorliegen muß. Mommsen S. 73 fg. [Brinz §. 272. A. 38.]; b) wenn Jemand durch Delict (Diebstahl oder Gewalt) in den Besitz einer Sache gekommen ist, als welcher von Zeit seines Besitzes an in mora ist; c) bei Vermächtnissen zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen. In diesen Fällen sagt man: *moram ex re fieri*, L. 32. pr. D. h. t., oder nach heutiger Ausdrucksweise: *Lex interpellat pro homine*. Man kann dahin auch noch die Fälle gesetzlicher Zinsverbindlichkeit nach §. 207. A. 2. a. β. A. 3. a. α. §. 208. A. 2. a. zählen, arg. L. 3. Cod. in quib. caus. in int. 2. 40 (41). In minorum persona re ipsa, ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et legatis (in legato). L. 26. §. 1. D. de fideicomm. lib. 40. 5. Aber vgl. L. 87. §. 1. D. de legat. II. Usuras fideicommissi post impletos annos viginti quinque puellae, ex quo mora facta est, deberi respondi; quamvis enim constitutum sit, ut minoribus 25 annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. L. 5. Cod. de act. emti. 4. 49 . . . cum usuris . . . quas . . . minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit. Jedenfalls beschränkt sich in diesen Fällen die Wirkung der Mora auf die Entstehung der Zinsverbindlichkeit.

[6] Diese Regel, ausgedrückt durch den Satz: *Dies interpellat pro homine*, früher fast allgemein angenommen, auch schon von dem Byzantiner Stephanus anerkannt (Zachariä in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XIV. S. 135.), aber scharf angefochten von Schröter in seiner und Linde's Ztschr. IV. 5. VII. 3., wird auch seitdem noch von Vielen als im R. R. schon begründet vertheidigt, z. B. Thibaut im civ. Arch. VI. 2. XVI. 7. Madai §. 16..24. Vangerow §. 588. A. 2. Dagegen jedoch Wolff §. 27..29. Puchta §. 269. not. q. Sintenis §. 93. A. 71. und auch Mommsen §. 10. Was aber das gemeine deutsche Recht betrifft, so ist durch eine in den angeführten Schriften unbeachtet gebliebene Resolution ad dubia cameralia v. J. 1595. entschieden worden, „daß die mora ab interpellatione hominis vel diei an zu rechnen"; (vgl. Seuffert's Arch. VI. 163. vgl. S. 320 a. E.), und wenn auch diese Entscheidung nicht reichsgesetzliche Kraft erhalten hat, so gibt sie doch ein autoritatives Zeugniß für die in der damaligen Praxis geltende Rechtsansicht und ist diese Praxis auch bis zur neuesten Zeit constant geblieben. Mommsen §. 11. Seuffert's Arch. I. 332. VI. 163. X. 144. [XI. 140. vgl. XXV. 224. XXVIII. 97. 114.] Dagegen freilich erklären sich nichts desto weniger Windscheid in d. Heidelb. Ztschr. III. S. 257 fg. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 551. [2. Aufl. §. 272 a. E.] Rudorff zu Puchta a. a. O. Sintenis a. a. O. (3. Aufl. II. S. 208 fg.), der letzte mit der Bemerkung, daß das Ausbleiben reichsgesetzlicher Bestätigung jenes dubium camerale vielmehr der entgegengesetzten Ansicht zur Unterstützung diene; dafür aber Windscheid Pand. §. 278. A. 4. 5., auch Unger A. 6. [Wächter II. S. 397 fg.]

[7] *Inculpata* mora, vgl. L. 9. §. 1. D. h. t. Streitfrage: ob die Mora überhaupt eine Culpa voraussetze? Madai §. 2. 13., Wolff §. 19..21. 23. (welcher zu der von ihm so genannten subjectiven Mora sogar lata culpa erfordert), Vangerow §. 588. A. 1. Mommsen Beitr. z. Obligationenrecht I. S. 264 fg. III. S. 56 fg. [Manns v. d. Mora. Ein Fragment. 1878. vrbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XX. S. 604 fg. Kniep in d. Jen. Litztg. 1878. Nr. 8.] Dagegen Schöman vom Schadenersatz II.

S. 10 fg. Puchta §. 269. not. h. Sintenis §. 93. A. 50. Holzschuher 3. Aufl. III. S. 258 fg. [Waldberg die mora debit. in ihrer Beziehung zur Culpa. 1878.] Vgl. Seuffert §. 245. not. 13. „Die bloße factische Unvermögenheit oder sonstige Unfähigkeit zur Erfüllung kann für sich allein nicht zur Entschuldigung dienen, indem sonst jeder leichtsinnige Schuldner und Speculant, der bei Eingehung der Verbindlichkeit das Wie der Erfüllung nicht bedacht hat, auf die leichteste Manier die Folgen des Verzugs abwenden könnte. Nur dann kann hier der Richter von diesen Folgen befreien, wenn dem Schuldner ein Mangel an Voraussicht und überhaupt Leichtsinn und Nachlässigkeit nicht vorgeworfen werden kann, und es klar vorliegt, daß er an der Erfüllung durch Umstände und Verhältnisse gehindert wurde, deren Eintreten weder nach menschlicher Berechnung vorauszusehen noch abzuwenden war. Die Nichterfüllung ist in solchen Fällen als ein den Gläubiger treffender Zufall anzusehen.“ Aber selbst die durch außerordentliche und unvorgesehene Unglücksfälle verursachte Zahlungsunfähigkeit wird den Schuldner nicht gegen die Folgen des Verzugs schützen. [Vgl. Brinz 2. Aufl. II. S. 290 fg.] Dagegen wieder Seuffert a. a. O. (3. Aufl.) mit Bezugnahme auf die Stellen in not. o. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 112. III. S. 260. Pand. §. 277. A. 9. Vgl. noch Brinz Pand. 1. Aufl. S. 550. [2. Aufl. §. 271: „die Mora ist Verschuldung und zwar eine eigene Species des .. Genus von Verschuldungen.“] Unger A. 7..9. [Schey S. 14 fg.] Ueber Verzugszinsen nach erkanntem Concursprocesse insbesondere vgl. Gerau in Linde's Ztschr. n. F. II. 7. Seuffert's Arch. XIII. 306.

[7a Brinz 2. Aufl. §. 253. S. 176: Dieser Satz enthält „keine Exemtion der Person oder bloße Beseitigung der Haftung des Einen oder Einiger ... anstatt Exemtion der einen haben wir hier vielmehr eine tiefere Verstrickung der anderen Person (des Säumigen) . . .“]

8 Ueber die Beschaffenheit des Anerbietens, insbesondere die Unterscheidung von oblatio *verbalis* und *realis*, vgl. Madai §. 37..41. Wolff §. 31..36. Mommsen §. 15..18. [Daß eine oblatio rite facta erforderlich sei, bestreitet „principiell“ Kohler a. a. O. S. 400 fg. Schey S. 108 fg., 116. Dagegen Brinz §. 274 a. A. u. S. 311.]

9 Daß es dabei auf ein Verschulden des Gläubigers ankomme (A. 7.), verneint hier auch Mommsen S. 134 fg., glaubt aber voraussetzen zu müssen, daß die Nichtannahme in dem Willen des Gläubigers ihren Grund habe. Vgl. Sintenis A. 50. a. E., dagegen Windscheid §. 345. A. 8., [und gegen ihn Kohler a. a. O. S. 409 fg. Brinz §. 275: „sich selber zu schaden ist keine Verschuldung ..“ aber s. jetzt Schey S. 20 fg. u. §. 11..16.].

10 A. M. Mommsen S. 175 fg. vgl. S. 164. Aber wenn nach L. 4. §. 2. cit. (not. v.) schon die Festsetzung der Zeit für die Empfangnahme der Leistung bewirken kann, daß der Gläubiger in Verzug kommt (Mommsen S. 174.), wie sollte es anders sein, wenn Zeit und Ort der Leistung bestimmt ist? Im Falle der L. 4. §. 2. cit. ist ohnehin auch der letzte wohl als stillschweigend bestimmt vorauszusetzen.

[11 Brinz §. 274. unterscheidet Endigung und Aufhebung der Mora, je nachdem ihre Wirksamkeit nur für die Zukunft aufhört oder sie mit allen ihren Wirkungen von Anfang an erlischt.]

## §. 252.

### c) Durch Abläugnung oder Weigerung.

In gewissen Fällen soll den Schuldner, weil er seine Verbindlichkeit geläugnet, oder weil er deren Erfüllung verweigert oder bis zur Klage

vorenthalten hat, der Nachtheil treffen, daß er nunmehr zu mehrfachem Betrage dessen, was er schuldig war, verurtheilt wird. (§. 98. not. d .. f.)

Anm. [1] Im Justinianischen Recht kommen folgende hierhergehörige Fälle vor:

a) Die gerichtliche Abläugnung der Schuld, die dem Kläger deren Beweis aufbürdet, hat die Strafe des doppelten Ersatzes zur Folge (Lis infitiando crescit in duplum): $\alpha$) bei der Verbindlichkeit zum Schadenersatze ex lege Aquilia, §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. L. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.; $\beta$) wenn der Beklagte die Aechtheit eines schriftlichen Empfangbekenntnisses oder den darin bescheinigten Empfang abläugnet, Nov. 18. cap. 8.; in beiden Fällen vorausgesetzt, daß der Beklagte anders als durch Ausschwörung des dem Kläger oder Verweigerung des dem Beklagten angetragenen Eides überführt werde. L. 30. D. de iureiur. 12. 2. Nov. 18. cit.

b) Nicht nur die Abläugnung, sondern schon die Nichterfüllung bis zur Klage verpflichtet zum Doppelten bei Vermächtnissen zu Gunsten milder Stiftungen. §. 19. 26. J. l. c. cf. L. 45 (46). §. 7. Cod. de episcop. 1. 3.

c) Auch die treulose Vorenthaltung eines sogen. depositum miserabile hat Verurtheilung zum Doppelten zur Folge. §. 17. J. l. c. L. 1. §. 1. D. depos. 16. 3.

d) Dieselbe kann auch in Folge der redhibitoria actio eintreten. L. 45. D. de aed. ed. 21. 1. (§. 304. A. 6.)

e) Die Weigerung der Wiedererstattung auf richterliches Gebot zieht bei der actio quod metus causa Verurtheilung zum Vierfachen nach sich. §. 25. 27. J. l. c. L. 14. §. 1. D. quod met. causa. 4. 2.

Nicht hieher gehört L. 33. Cod. de locato. 4. 65., die unter den Gesichtspunkt von §. 94. not. h. fällt.

[2] Eine erschöpfende geschichtliche Erörterung dieser Fälle, insbesondere der eigentlichen Litiscrescenz, gibt Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. 9., dazu vgl. Mayer in d. Ztschr. für Rtsgesch. II. S. 311 fg. — Im Justinianischen Recht „erscheint die Verdoppelung als innerlich principlose willkürliche Strafe des Abläugnens, von der man nur nicht begreift, warum sie nicht eben so gut in unzähligen andern Fällen angewendet wird". — „Ueber die Anwendung ... im gemeinen deutschen Recht ist man so weit einig, als sie die Ausschließung der condictio indebiti (vgl. §. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27.) und die Verdoppelung der Vermächtnisse ad pias causas betrifft; über die Verdoppelung der Aquilia hingegen ist es nie zu einer übereinstimmenden Doctrin und Praxis gekommen. Auch das Läugnen der Schuldscheine und Quittungen ist nur particularrechtlich mit dem Doppelten gestraft worden." Rudorff a. a. O. S. 476. 477. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. noch C. Sell Jahrb. II. S. 245 fg. Sintenis §. 101. A. 69 fg. Windscheid §. 263. [A. 15. Mandry Reichsgef. S. 179 (2. Aufl. S. 255) fg.] — Die Strafe des Vierfachen nach A. 1. e. ist entschieden unpraktisch. Puchta §. 271. not. f. §. 385. not. e.

## §. 253.

### 3) Durch Zufall.

Ein Zufall kann die Obligatio völlig aufheben, indem er deren Erfüllung ganz unmöglich macht (§. 274); er kann eben so dieselbe mindern, indem er die Leistung in ihrem ursprünglichen Umfang un-

möglich macht. Umgekehrt kann der Gegenstand der Leistung durch zufällige Umstände einen Zuwachs erhalten, *causa rei* oder *commodum rei*[a]. Es versteht sich vorerst von selbst, daß derjenige, welcher eine bestimmte Sache zu fordern hat, die Sache auch mit den inzwischen bis zur Erfüllung hinzugekommenen neuen Bestandtheilen (unselbständige Accessionen) zu fordern berechtigt ist[b], und nur das kann dabei in Frage kommen, ob er nicht dagegen auch die Vergütung zu übernehmen hat, die nach Umständen für jenen der Sache zugegangenen Vortheil demjenigen, auf dessen Kosten er gewonnen ist, gebührt (§. 152.). Aber auch auf solchen zu dem ursprünglichen Gegenstande der Forderung hinzukommenden Zuwachs oder aus demselben sich ergebenden Gewinn, der für sich selbständig besteht, kann der Gläubiger in der Regel Anspruch machen, sofern die Hauptsache als eigentlich ihm schon gehörende zu betrachten ist[c], und so auch insbesondere, wenn ihm die Forderung auf jene gegen eine Gegenleistung, nicht eben so wenn unentgeltlich, erworben ist[d], so wie in solchen Fällen ihn auch in der Regel der Nachtheil einer zufälligen Minderung oder Verschlechterung der Sache trifft, und ungeachtet derselben die Gegenleistung nicht gemindert wird[1]. Solcher Zuwachs sind namentlich die Früchte der Sache mit Abrechnung der auf ihre Erzeugung verwendeten Kosten, die einem Grundstück gegenüber entstandene Flußinsel, und die Hälfte des in einem solchen gefundenen Schatzes[2]. Auch kann der Gläubiger, wenn durch ein Ereigniß die eigentliche Schuldleistung ganz oder zum Theil unmöglich gemacht wurde, als Ersatz dafür die durch dasselbe Ereigniß begründeten Rechtsvortheile in Anspruch nehmen, insofern er es ist, welcher den andrerseits dadurch bewirkten Nachtheil zu tragen hat, es sei nun dieser durch Delict eines Andern[e] oder durch ein Rechtsgeschäft des Schuldners mit einem Dritten[f] verursacht[3]. Ist ein Rechtsgeschäft des Schuldners als für den Gläubiger abgeschlossen aufzufassen, so kann der letzte jedenfalls den dadurch erzielten Vortheil sich aneignen[g], aber nicht anders, als indem er zugleich Gefahr und Nachtheil desselben auf sich nimmt[4].

[a] Dig. de usuris et fructibus et... accessionibus... 22. 1. de periculo et commodo rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. [b] §. 3. J. de emt. 3. 23. L. 7. pr. D. de peric. 18. 6. L. 16. D. de legat. III. cf. L. 4. D. de iure dot. 23. 3. [c] L. 38. §. 1..5. 10..12. D. h. t. 22. 1. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 12. L. 11. D. sol. matr. 24. 3. cf. Vat. fragm. §. 114. [d] L. 4. §. 1. L. 38. §. 8. 9. 15. D. h. t. 22. 1. L. 1. Cod. h. t. 4. 48. L. 13. §. 13. 17. D. de act. emti. 19. 1. L. 16. Cod. eod. 4. 49. cf. L. 38. §. 7. D. h. t. 22. 1. L. 8. 14. eod. L. 16. D. de legat. III. [e] §. 3 a. (3. i. f.) J. de emt. 3. 23. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 13. §. 12. D. de act. emti. 19. 1. L. 11. §. 8. 9. 10. D. quod vi. 43. 24. L. 14. pr. D. de furt. 47. 2. [f] L. 21. D. de her. v. act. vend. 18. 4. L. 7. §. 13. D. commun. div. 10. 3. L. 13. §. 17. D. de act. emti. 19. 1. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. §. 47. L. 2. D. depos. 16. 3. L. 15. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. cf. L. 62. pr. eod. [g] L. 21. D. cit. cf. L. 17. D. de rei vind. 6. 1.

Anm. [1] In den meisten Fällen trifft es so zusammen, daß derjenige, welcher die Gefahr einer Sache trägt, auch Anspruch auf den hinzukommenden Vortheil hat, und so wird es als Regel ausgesprochen: Commodum eius esse debet, cuius periculum est. §. 3. J. de emt. 23. 3. Daß aber weder diese Regel als durchgreifender Grundsatz aufgestellt werden kann, noch der Grund des Anspruchs auf das commodum in dem Tragen des periculum zu finden ist, obwohl manche Stellen (not. c. d.) sich so aussprechen, ist überzeugend dargethan von Fr. Mommsen Erörtr. aus dem Obligationenrecht. 1. Heft. Braunschweig 1859. Vgl. Dworzak in Haimerl's Vierteljahrschrift IV. Lit. S. 25..37. Windscheid §. 327. [Brinz 2. Aufl. §. 244.]

[2] Ueber den Umfang des dem Gläubiger gebührenden commodum vgl. überhaupt Jhering Abh. Nr. 1. „In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?" und Mommsen a. a. O. S. 53..67. Der entscheidende Gesichtspunkt ist, ob der Gewinn durch die Sache gewährt oder dargeboten, nicht wesentlich nur als Produkt einer Willensthätigkeit des Gewinnenden zu betrachten ist. So war nach R. R. insbesondere auch der durch den Sklaven, welcher Gegenstand des Forderungsrechts war, gemachte Erwerb herauszugeben. L. 13. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. L. 38. §. 5. L. 39. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 45. pr. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 47. D. de iure dot. 23. 3. Dahin gehört ferner die pars adiudicata als Zuwachs des Theileigenthums einer Sache, wenn die Adjudicatio durch die Theilungsklage des andern Miteigenthümers herbeigeführt ist. L. 78. §. 4. D. eod. L. 13. §. 17. D. de act. emti. 19. 1. L. 7. §. 13. D. comm. div. 10. 3. Daß auch die dem Grundeigenthümer als solchem zukommende Hälfte des Schatzes dahin gehöre, ist zwar bestritten; Puchta Vorles. §. 272. II. S. 110 fg. (4. Aufl.) spricht hinsichtlich des vom Schuldner selbst noch als Eigenthümer gefundenen Schatzes dem Gläubiger den Anspruch auf die Hälfte ab; denn: „die singuläre Bestimmung, welche das natürliche Recht des Occupanten modificirt, kommt (hier) nicht zur Anwendung, weil ihre Voraussetzung ist, daß Occupant und Eigenthümer verschiedene Personen sind, und diese (hier) nicht eintritt... Es entsteht gar keine Forderung auf die Hälfte, und darum kann auch nicht von ihrer Devolution an den Gläubiger die Rede sein". Aber dieß ist, selbst nach der ihm zu Grunde liegenden falschen Ansicht (§. 154. A. 6.), nur subtil, nicht consequent: arg. L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. Jhering a. a. O. S. 8., womit auch übereinstimmt Rudorff zu Puchta a. a. O. A. 3. Mommsen a. a. O. S. 56. A. 5. — Streitig ist noch, ob und inwiefern auch der Mieth- oder Pacht-Zins gleich den natürlichen Früchten hieher gehöre? L. 13. §. 11. D. de act. emti. 19. 1. Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in praediis urbanis: nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Dagegen L. 13. §. 13. eod. Item si quid ex operis servorum vel *vecturis iumentorum vel navium* quaesitum est, emtori praestabitur. Cf. L. 62. pr. D. de rei vind.... Nam etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur (§. 167. A. 1.). L. 13. §. 1. D. commod. 13. 6. Si quem quaestum fecit is, qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit (ei), qui experiendum dedit; neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit. Glück XVII. S. 196 fg. Sintenis §. 101. A. 89.; Puchta §. 272. not. e. und Vorles. II. S. 110., dagegen aber Rudorff daselbst in d. A. 2. Mommsen a. a. O. S. 124..141.

[3] Mommsen a. a. O. S. 2. bezeichnet das commodum in diesen Fällen durch den Ausdruck: „stellvertretendes commodum", im Gegensatz von accessorischem commodum (not. b. c. d.), und entwickelt die betreffenden Grundsätze S. 76.. 124. Unter jenen Begriff fallen auch Pachtgelder, nicht Miethgelder. S. 125 fg. (vgl. A. 2. a. E.).

[4] Darüber Mommsen a. a. O. S. 111 fg., insbesondere über die Frage, ob dem Gläubiger ein Anspruch auf die Versicherungssumme für die zerstörte oder beschädigte Sache zustehe? S. 116 fg. Vgl. Lippmann in d. dogm. Jahrb. VII. 2. Seuffert's Arch. VI. 180.

## V. Uebertragung von Obligationen. Cession.

### §. 254.

Ein Schuldverhältniß kann mit der Gesammtheit des Vermögens auf die Erben (§. 104.) und andere Universalsuccessoren (§. 56.) übergehen, als welche überhaupt die Person des bisherigen Vermögenssubjects repräsentiren. Eine Uebertragung der Obligatio aber als eines einzelnen Vermögensverhältnisses wird im römischen Recht als dem Wesen derselben widerstreitend bezeichnet, indem sie in einer persönlichen Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner beruhe, deren Aufhebung Vernichtung der Obligatio wäre. Wohl kann die bestehende Obligatio aufgehoben und eine neue desselben Inhalts zu Gunsten eines andern Gläubigers an deren Stelle gesetzt werden (durch Novation, §. 268.); aber diese ist dann eben eine neue Obligatio, und es bedarf dazu der Mitwirkung des Schuldners, der sich dem neuen Gläubiger verpflichtet[1]. Unbeschadet dieser Rechtsansicht kann jedoch der Zweck der Uebertragung einer Forderung auf einen Andern, auch ohne Zustimmung des Schuldners, wie es dem Bedürfniß des rechtlichen Verkehrs entspricht, vollkommen dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger die Ausübung seines Forderungsrechtes jenem zu eigenem Vortheil überläßt. Der Gläubiger kann einen Andern zum procurator in rem suam (§. 112.) bezüglich des Forderungsrechts bestellen[2]; er kann ihn ermächtigen, statt seiner die Zahlung in Empfang zu nehmen und nöthigenfalls durch Klage gegen den Schuldner dieselbe zu erwirken oder auf andere Weise (durch Exceptio) die Forderung geltend zu machen, zugleich mit der Einräumung, das zu Leistende als das Seinige zu behalten und zu behandeln, und auf diese Weise seine Forderung jenem abtreten (cediren). Diese Abtretung der Forderung stellt sich sonach dem Schuldner gegenüber dar als Uebertragung der Ausübung derselben an einen Andern für dessen eigene Rechnung[3]. Die einmal rechtsgültig erklärte Abtretung der Forderung ist aber auch, bevor noch die cedirte Klage wirklich angestellt

und der Streit anhängig gemacht ist, gegen willkürliche Zurücknahme der ertheilten Ermächtigung, so wie gegen die Erlöschung derselben durch Todesfall gesichert, indem für jeden Fall demjenigen, dem einmal in bindender Weise die vollständige Geltendmachung einer Forderung zu eigenem Vortheil eingeräumt war, zugleich eine utilis actio (suo nomine) gewährt worden ist, welche materiell denselben Erfolg hatte, als wenn er formell alieno nomine als procurator in rem suam klagte und bis zur Litiscontestatio vorgeschritten war [4]. Indem nun auf solche Weise einem Andern die Geltendmachung der Forderung zu eigenem Vortheil als ein Recht überlassen ist und darüber ihm auch ohne weitere Rücksichtnahme auf den bisherigen Gläubiger die Verfügung zusteht, so ist jener nunmehr **allein** der **wirklich** Forderungsberechtigte; die Forderung ist in sein Vermögen übergegangen, so wie sie dem bisherigen Gläubiger zugestanden, und so erscheint die Cession der Forderung als **wahre Uebertragung** derselben auf einen andern Gläubiger [5]. Diesen nennt man **Cessionar**, den abtretenden Gläubiger **Cedenten**, den Schuldner, gegen den die Forderung abgetreten ist, debitor *cessus*. Uebrigens kann auch eine klaglose Obligatio abgetreten werden [6].

Der Cession einer Forderung steht gegenüber die **Uebernahme der Schuld** eines Andern. Diese kann freilich nicht ohne Einwilligung des Gläubigers die Entbindung des bisherigen Schuldners von seiner Verbindlichkeit bewirken, und gibt andrerseits dem Gläubiger, so lange er seine Einwilligung nicht erklärt hat, noch kein Forderungsrecht gegen den Uebernehmer, der bis dahin noch bloß durch den Willen des bisherigen Schuldners aller aus der Uebernahme hervorgehenden Verbindlichkeit entledigt werden kann. Hat aber der Gläubiger, ausdrücklich oder stillschweigend, den Uebernehmer als seinen Schuldner anstatt des frühern angenommen, so ist der letzte nun befreit und jener in dessen Schuldverhältniß eingetreten [7].

Anm. [1] Gai. II. §. 38. Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (*sc. in iure cessionem vel mancipationem*) recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quo res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. Cf. L. 25. §. 2. D. de usufr. 7. 1. Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum aliquid stipuletur, eorum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, acquiretur fructuario, sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel acquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem.

[2] Gai. l. c. in f. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. Cf. Gai. IV. §. 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia Lucius Titius (pro) Publio Maevio agat, ita formula concipitur: *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium decem milia condemna, si non paret, absolve.*

[3] Von diesem Standpunkt aus ist diese Lehre gründlich bearbeitet von Mühlenbruch d. L. v. d. Cession der Forderungsrechte. 1817., 3. Aufl. 1836. Dazu vgl. Puchta im Rtslex. II. S. 636..664. (Kl. Schr. Nr. 27.). Vangerow III. §. 574 bis 576. Sintenis II. §. 102. Nr. II. u. §. 128. A. Schmid die Grundlehren der Cession. Bd. 1. „die Cessionsform". 1863. Bd. 2. „die Klagform". 1866. (vrbr. aber Bechmann in krit. Vjschr. X. S. 187..248). C. Karsten die fingirte Cession, 1874 (vrbr. Exner in d. Wiener Ztschr. II. S. 614 fg. Schwanert in d. Jen. Ltztg. 1875. Nr. 2. F. Hofmann in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 512 fg.) [Karsten Beitr. z. röm.-rechtl. Lehre v. d. Cession zur Ergänzung d. Frage v. d. fing. Cession, in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 222 fg. Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 80..85. Die Entwicklung der Cession im R. R. schildert Krasnopolski Einl. in d. L. v. d. Cession der Forderungen nach österr. Recht. 1872. (als Manuscript gedruckt). Vgl. auch Eisele Cognitur und Procuratur. 1881. S. 118 fg. 242 fg.]

[4] [„Da war der Erwerber so gut wie Gläubiger." Brinz 2. Aufl. II. S. 393.] Die älteste Spur solcher utiles actiones enthält L. 16. pr. D. 2. 14. in den Worten: „rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas." Cf. L. 2. §. 8. D. h. t. 18. 4. Ueber die weitere Ausdehnung vgl. a) L. 1. Cod. 4. 10. (Gordian.) Data certae pecuniae quantitate ei, cuius meministi, in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas; et antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit. Cf. L. 33. Cod. de donat. 8. 53 (54). b) L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. (Valer. et Gallien.) Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est. Zugleich über das Verhältniß zur mandata actio: c) L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (Dioclet. et Max.) Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratori (procuratore) facto, vel utilis, secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. L. 9. eod. Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cf. α) L. 5. Cod. 4. 15. In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus eius debitores creditor experiri potest, suo autem nomine utili actione recte utetur. L. 18. Cod. de legatis. 6. 37. β) L. 5. Cod. h. t. 4. 39. (Alexander.) Emtor hereditatis actionibus mandatis eo iure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuerit. Cf. L. 55. D. de procurat. 3. 3. Eine utilis actio wurde hiernach 1) demjenigen gegeben, welchem wirklich das mandatum ad agendum in rem suam ertheilt war, um

ihn gegen die Gefährdung zu decken, welche sich, wenn nur jener Standpunkt festgehalten wurde, für ihn ergeben konnte (a. c.), gewiß aus keinem andern Grunde, als weil man in jenem Mandat eine definitive Ueberlassung des Rechtsanspruches erkannte; aus diesem Grunde wurde dann aber eine gleiche Klage 2) auch gewährt, wenn zwar ein solches mandatum ad agendum eigentlich nicht, aber doch ein Rechtsgeschäft vorlag, welches auf sofort wirksame Uebertragung des Rechtsanspruches gerichtet war, und dadurch war dann der Begriff der Cession der Forderung über jenen beschränktern Standpunkt hinausgehoben. Vgl. mit Mühlenbruch §. 16. Windscheid die Actio des römischen Civilrechts. S. 120 fg., sodann Bähr zur Cessionslehre in den dogmat. Jahrb. I. S. 362 fg., gegen beide aber Muther z. Lehre v. der Actio S. [135 fg.] 145 fg., 168 fg., und gegen diesen wieder Windscheid Abwehr S. 55 fg. Pand. §. 329. A. 6. [S. noch Krasnopolski S. 15 fg. §. 4..7.]

5 Seuffert Pand. §. 297. „Forderungen ... können durch Kauf, Tausch, Schenkung, Vergleich u. s. w. von dem ursprünglichen Gläubiger auf eine andere Person übergehen, und zwar in der Art, daß nicht, wie bei der Novation, das ganze Schuldverhältniß aufgehoben und durch ein neues ersetzt wird, sondern die ursprüngliche Forderung mit verändertem Gläubiger fortbesteht"; und das. A. 4. „Allerdings erscheint das Rechtsproduct der Cession auch im neuesten römischen Rechte nur als Befugniß, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheil auszuüben ... Allein im heutigen Rechtsbewußtsein des Volkes stellt sich die übertragene Forderung als eine dem Cessionar eigene ebenso dar, wie eine veräußerte körperliche Sache als Eigenthum des Erwerbers." Vgl. Brinz kr. Bl. 2. S. 34. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden (vgl. A. 7.) S. 8 fg. Windscheid in der krit. Ueberschau I. S. 27 fg. [Wächter II. S. 410 fg. findet in der entgegengesetzten Anschauung „ein unbegreifliches Befangensein in der einseitigen Auffassung des alten römischen Rechts".] In der That ist die neuere Rechtsanschauung in allen ihren praktischen Consequenzen schon im R. R. zum Durchbruch gekommen; Justinian spricht sie auch in Worten klar aus, indem er in L. 23. Cod. mand. 4. 35. sagt: „ut partem quidem debiti venditionis titulo *transferant in alium creditorem* [Krüg: *creditores*]", und „partem autem donationis titulo *transferre*" und wiederum „totum debitum *donare* et per donationem actiones *transferre*" (vgl. auch L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. 18. 1. „si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem *transferre*"); die Bezeichnung des Cessionars als procurator in rem suam spricht nichts anderes mehr aus, als daß es eben die (bisherige) Forderung des Cedenten, mit demselben Inhalt und denselben Beschränkungen, ist, welche der Cessionar, ein andrer Gläubiger, geltend macht, der in Wahrheit durchaus nicht mehr Stellvertreter des bisherigen Gläubigers ist (L. 42. §. 2. D. de procurat. 3. 3.), und schon nach R. R. selbst formell nicht mehr als solcher (procurator i. r. s.) zu klagen brauchte (A. 4.). Vgl. Brinz Pand. 1. Aufl. §. 130. [2. Aufl. §. 284. a. E.] Windscheid und Bähr a. a. O. [Krasnopolski §. 8.] Doch wird noch ein lebhafter, aber nicht in gleichem Maße fruchtbarer Streit darüber geführt, ob es nach neuerem römischen oder doch nach heutigem Recht eine Singularsuccession in Forderungsrechte gebe (Muther z. Lehre v. d. Actio S. 117 fg., 186 fg.), dem man durch Erfindung eines neuen Begriffs von Zweigobligationen ein Ende zu machen vergeblich versucht hat (Kuntze die Obligation S. 267 fg. [331 fg., 342 fg.] vgl. Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. III. S. 151 fg. [Excurse S. 463 (2. Aufl. S. 533) fg.]). Als Singularsuccession in die Forderung entwickelt d. L. v. d. Cession Windscheid II. §. 329..336. (dazu §. 337. „Uebertragung dinglicher Ansprüche", vgl. oben §. 112.), Förster preuß. Privatr. I. §. 99. S. 604..643. [Dernburg a. a. O.]

6 Vgl. d'Avis und Arndts in Linde's Ztschr. n. F. X. 5. (civ. Schr. I. 26). Vangerow §. 574. A. 2. Dagegen freilich Schmid a. a. O. I. S. 54 fg. und Schwanert Naturalobl. S. 176 fg., der erste, indem er streng nur den Standpunkt des mandatum ad *agendum* festhält, der andre, indem er in der naturalis obligatio gar kein Moment des Rechts anerkennt, also auch von keiner Uebertragung des Rechts, einer Naturalforderung, etwas wissen will (oben §. 217.), obwohl er sonst im Resultat (S. 184 fg.) dem in Linde's Ztschr. a. a. O. S. 122 fg. Ausgeführten durchaus beipflichtet. Dieses ist aber: daß durch Ueberlassung oder Ueberweisung einer (sog.) Naturalforderung zwar so wenig ein Compensationsrecht (es sei denn gegen eine ursprüngliche Schuld des Cedenten) wie eine wirksame Klage dem (sog.) Cessionar gewährt, in allen andern Beziehungen aber dieser in dieselbe Lage versetzt werden kann, als ob ihm jetzt der Schuldner naturaliter obligirt sei. Dagegen Windscheid §. 335. A. 16. spricht dem Cessionar das Compensationsrecht nur ab, wenn die Uebertragung böswilliger Weise geschehen, um den Schuldner zu benachtheiligen.

7 Nach R. R. trat diese Wirkung nur durch Stipulation oder Litiscontestation ein (§. 112. 268. 271.); im heutigen Recht, zufolge der allgemeinen Gültigkeit formloser Verträge, ist die irgendwie erklärte Einwilligung des Gläubigers genügend. Ueber die juristische Auffassung des ganzen Verhältnisses sind aber die Ansichten noch verschieden. Vgl. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden nach gem. und preuß. Rechte. 1853. Windscheid die Singularsuccession in Obligationen, in der krit. Ueberschau I. S. 27..46., Actio S. 202 fg., Kuntze die Obl., S. 304 fg. Bähr dogmat. Jahrb. VI. S. 170 fg. [und civ. Arch. LXVII. 5.] Vgl. bayer. Entw. II. Art. 159..168. und darüber Lang Kritik II. S. 107 fg. Arndts in kr. Vjschr. V. S. 324. (civ. Schr. III. S. 520 fg.) und neuerdings Zaun im prakt. Arch. n. F. I. Abth. II. IV. [S. 11 fg. 113 fg.] („zur L. v. d. fingirten Cession, der Stellvertretung, der Verträge zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme"). Gürgens die Singularsuccession in d. Schuld, in d. dogm. Jahrb. VIII. 8. Windscheid Pand. §. 338..340. („Sondernachfolge in die Schuld"), Förster a. a. O. I. §. 102. [Stobbe Handb. III. §. 181. Dernburg II. §. 65. Regelsberger im civ. Arch. LXVII. 1. S. 1 fg. A. Menzel in d. Wiener Ztschr. XI. 13. 14. S. 581 fg. 655 fg. Rocholl Rechtsf. aus der Praxis d. Reichsgerichts I. 7. S. 132 fg. Vgl. auch E. Danz die delegatio nominis und delegatio debiti eine Forderungs- und Schuldüberweisung, in den dogm. Jahrb. XIX. 3. S. 69 fg.]

## §. 255.

### A. Erfordernisse der Cession.

Die Cession geschieht durch die Willenserklärung des Gläubigers, die einem Andern die Befugniß ertheilt, die Forderung als eine eigene zu eigenem Vortheil geltend zu machen. Einer besondern Form bedarf es dazu regelmäßig nicht; auch eine ausdrückliche Ertheilung der Vollmacht zur Anstellung der Klage ist nicht erforderlich; wesentlich ist nur die erklärte Absicht, daß dem Andern ohneweiters die volle Ausübung der Forderung als sein Recht überlassen sein solle [1]. Bedarf jedoch das Rechtsgeschäft, wodurch die Cession geschieht, nach seiner besondern Natur einer bestimmten Form, z. B. als Schenkung (§. 81.), so ist auch die

Gültigkeit der Cession davon abhängig, sowie überhaupt die für ein Rechtsgeschäft gewisser Art geltenden Vorschriften auch zur Anwendung kommen, wenn es die Abtretung einer Forderung zum Inhalt hat. Verschieden aber ist jenes Rechtsgeschäft nach Verschiedenheit des Bestimmungsgrundes, aus welchem der Gläubiger seinen Rechtsanspruch dem Andern überläßt, d. i. der *causa cessionis*. Diese kann eben so mannigfaltiger Art sein, wie überhaupt der Grund der Gewährung irgend eines Vermögensrechts[2]; sie kann insbesondre auch in einer durch ein vorhergegangenes Rechtsgeschäft vom Gläubiger freiwillig eingegangenen oder auch in einer unabhängig von dessen Willen nach Rechtsvorschrift bestehenden Verpflichtung zur Abtretung der Forderung beruhen[3]. Liegt eine solche Verpflichtung vor, so kann nöthigenfalls auf deren Erfüllung geklagt werden, und wird alsdann durch das zuerkennende Urtheil auch wider Willen des unterliegenden Gläubigers die Forderung auf den Kläger als Cessionar übertragen[3a]. In manchen Fällen wird aber auch ohneweiteres nach Rechtsvorschrift demjenigen, der einen rechtlich begründeten Anspruch auf Abtretung der Forderung hat, die Forderungsklage (als utilis actio) eingeräumt, mit gleicher Wirkung, als ob ihm dieselbe durch den Willen des Gläubigers abgetreten worden wäre[4].

Uebrigens kann auch eine noch nicht fällige oder bedingte oder sonst noch ungewisse Forderung oder Klage schon in voraus abgetreten werden[a]. Einwilligung des Schuldners ist überall nicht erforderlich[b]. Immer aber wird nur die Forderung, d. i. der Rechtsanspruch des Gläubigers, so wie dieser selbst ihn geltend machen könnte, z. B. die actio mandati, pro socio, locati, abgetreten, nicht auch das obligatorische Verhältniß selbst, woraus jene entsteht, z. B. das Mandats- oder Societätsverhältniß im Ganzen, auf den Cessionar übertragen[5].

Anm. [1] Z. B. Verkauf, L. 1. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 5. 7. 8. 9. Cod. h. t. 4. 39. (ob auch, wenn der Kaufpreis nicht gezahlt oder gestundet ist, die Forderung sofort dem Käufer zukomme? Puchta im Rtslex. S. 640 fg., vgl. Mühlenbruch §. 42. [S. 456.]); datio in solutum, L. 5. Cod. quando fiscus. 4. 15. cf. L. 3. Cod. de novat. 8. 41 (42.); dotis datio, L. 2. Cod. cit. L. 49. pr. D. sol. matr. 24. 3.; Schenkung, L. 2. 33. Cod. de donat. 8. 53 (54); auch Vermächtniß, insofern der Erblasser eine ihm selbst zustehende Forderung direct dem Legatar überweist, L. 18. Cod. de legat. 6. 37. Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur. (Cf. L. 44. §. 6. L. 105. D. de legat. I., §. 558. 560. A. 1. §. 576.) Vgl. §. 254. A. 4. Windscheid S. 126. 200.

[a] L. 17. 19. D. h. t. 18. 4. L. 21. 63. D. de rei vind. 6. 1. [b] L. 3. Cod. h. t. 4. 39. L. 1. Cod. de novat. 8. 41 (42).

Schmid a. a. O. §. 21. S. 195..217. vgl. S. 31. Der letzte zählt die obigen Fälle als solche auf, in denen die Fiction der Cession mit den zu dieser verpflichtenden Thatumständen verknüpft sei (A. 4.), mit Ausschluß jedoch der Schenkung (§. 22.), bei welcher nach L. 33. cit. ein wirkliches mandatum ad agendum vorausgesetzt werde, damit der Beschenkte utili actione klagen könne. Allein den angeführten Rechtsgeschäften wird die Kraft, eine utilis actio zu erzeugen, beigelegt, weil sich dadurch, wo nicht ein Vorbehalt auf erst künftig vorzunehmende Cession hinweist, der Wille wirklicher Ueberlassung des Rechtsanspruchs kund gibt, ohne daß man nach einem ausdrücklich ertheilten mandatum ad agendum zu fragen braucht (§. 254. A. 4.). Daß mit der Schenkung einer Forderung jene Wirkung vor Justinian noch nicht verbunden war, erklärt sich aus den erst durch diesen gänzlich beseitigten beschränkenden Bestimmungen des ältern Rechts über Perfection der Schenkung (§. 81. A. 1.). Nach L. 33. cit. aber kann nicht bezweifelt werden, daß es zur vollständigen Cession genügt, wenn der Gläubiger schlechthin erklärt, daß er die Forderung schenke („actiones ... donatas transferri, licet nulla contestatio vel facta vel petita sit"). Von anderen Gesichtspunkten ist die Wirkung der Verpfändung einer Forderung zu beurtheilen: L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16 (17.) Vgl. §. 382. [Ueber „die Geltendmachung der rechtlichen Mängel des Cessionsvorgangs durch den Schuldner" überhaupt, und insbes. die Einrede der Simulation vgl. Regelsberger im civ. Arch. LXIII. 8. S. 157 fg.]

[2] So wird unterschieden: venditionis und donationis titulo cedere oder transferre actionem oder debitum „per coloratam cedere donationem", L. 2. 33. Cod. de donat. L. 23. pr. Cod. mandati 4. 35. (s. §. 254. A. 5.), eben so: solutionis causa mandare actiones. L. 3. Cod. de novat. 8. 41 (42). Vgl. §. 80. A. 2. §. 233. A. 2. 3. Die Causa verhält sich zur Cession, welche die Ueberlassung der Ausübung des Gläubigerrechts oder Klagrechts bezweckt, ähnlich wie zur Tradition, welche Uebertragung des Eigenthums einer Sache bezweckt (§. 145.). Strempel über die Justa Causa bei der Tradition, S. 45 fg. vgl. Schmid §. 7. S. 30 fg. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 270 fg.]

[3] Diese Verpflichtung zur Cession ist von der Cession selbst zu unterscheiden, wie die Verpflichtung zur Tradition einer Sache oder zur Bestellung eines dinglichen Rechts von der wirklichen Tradition oder Bestellung, und sind z. B. parallel Schenkung durch Tradition und durch Cession, Schenkung durch Versprechen einer Sache und durch Versprechen künftiger Abtretung einer Forderung. Je nachdem übrigens die Cession auf dem freien Willen des Cedenten beruht oder kraft rechtlicher Nothwendigkeit stattfindet, pflegt die heutige Terminologie cessio *voluntaria* und *necessaria* zu unterscheiden; necessaria ist aber in der That auch die durch freiwillig eingegangene Verpflichtung zugesagte Cession, weil die Erfüllung dieser Verpflichtung nicht mehr Sache des freien Beliebens ist. Vgl. überhaupt und insbesondere für die einzelnen Fälle gesetzlicher Verpflichtung zur Cession: Mühlenbruch §. 36 fg. Schmid a. a. O. §. 23 fg.

[[3a] Ueberweisung gepfändeter Geldforderungen an den Gläubiger: R.Civ.Pr.O. §. 736 fg. Mandry Reichsges. S. 308 (2. Aufl. S. 413 fg.) Dazu Bähr in d. krit. Vjschr. XXV. S. 551 fg.]

[4] Ueber diese Fälle vgl. Mühlenbruch §. 43 fg. Es liegt darin ein kraft Rechtsvorschrift eingetretener Uebergang des Forderungsrechts auf einen Andern, sog. *cessio legis*. [So auch Regelsberger im civ. Arch. LXIII. S. 158 fg., der aber eben darum, weil hier Uebergang, nicht Uebertragung der Forderung vorliegt, diese Fälle gar nicht als Cessionsfälle ansehen will.] Das Eigenthümliche dieser Fälle liegt

darin, daß hier die Forderungsklage sofort gegen den Schuldner stattfindet und nur diesem gegenüber der gesetzliche Uebergang der Forderung auf den Kläger zu erweisen ist, während in andern Fällen der Verpflichtung zur Cession zunächst gegen den Verpflichteten auf Abtretung der Forderungsklage zu klagen ist und dann die verweigerte Abtretung nöthigenfalls durch richterliches Erkenntniß ersetzt wird. Unhaltbar aber ist die Ansicht, daß in allen Fällen, wo eine Verpflichtung zur Cession besteht, diese sofort, wenn sie nicht erfolgt, als geschehen anzunehmen und dem Berechtigten utilis actio gegen den Schuldner einzuräumen sei. Mühlenbruch a. a. O. Windscheid die Actio S. 194 fg. Pand. §. 330. A. 12. Bähr in d. dogm. Jahrb. I. S. 399 fg. F. Zimmermann in Linde's Zeitschr. n. F. XV. S. 102 fg. Schmid a. a. O. §. 19. S. 187. Mit Recht behauptet denn dieser auch S. 218., daß das Schenkungsversprechen des Inhalts, eine Forderung abzutreten, nicht ohneweiteres die utilis actio begründe (gegen Savigny Syst. IV. S. 125. 137.), mit Unrecht aber, daß die erklärte Schenkung der Forderung noch nicht wirkliche Cession sei (A. 2.). [Vgl. noch Schollmeyer der gesetzl. Eintritt in die Rechte des Gläubigers. 1877. drbr. F. Hofmann in der krit. Vjschr. XX. S. 396 fg.]

[5] Ueber die Anwendung dieser Regel auf das Miethverhältniß? L. 32. D. locati. 19. 2. L. 58. eod. L. 53. pr. D. de act. emti. 19. 1. Mühlenbruch §. 27. Glück XVIII. S. 26 fg.

## B. Wirkung der Cession.

### §. 256.

Die Wirkung der Cession bestimmt sich durch den doppelten Gesichtspunkt, daß es die Forderung des Cedenten ist, deren Ausübung dem Cessionar überlassen ist, und daß diese dem letzten nunmehr zu eigenem Vortheil als ein Recht zusteht.

Nach dem letzten Gesichtspunkt ist die Forderung nun als zum Vermögen des Cessionars gehörig zu betrachten[a], daher auch der Verfügung desselben unterworfen[b], so daß sie von ihm auch weiter an einen Dritten cedirt werden kann. Der Verfügung des Cedenten wird jedoch die Forderung erst dadurch ganz entzogen, daß dem Schuldner von der Cession Kunde gegeben wird[1]. Bis dahin ist dieser berechtigt, den Cedenten noch als seinen wahren Gläubiger anzusehen[2]. Er kann daher demselben mit voller Wirkung Zahlung leisten und so auch andre die Forderung betreffende Rechtsgeschäfte mit ihm wirksam eingehen[c], nicht minder andre von jenem getroffene Verfügungen als wirksam anerkennen, also auch in Folge einer ihm zuerst glaubhaft kund gegebenen andern Cession an den neuen Cessionar wirksam zahlen[3]. Nachdem er aber von der geschehenen Cession gehörig unterrichtet ist, kann er dem

[a] L. 23. §. 1. D. h. t. 18. 4. [b] L. 13. 16. D. de pact. 2. 14. L. 17. §. 3. L. 18. D. de iureiur. 12. 2. [c] L. 3. Cod. de novat. 8. 41 (42). cf. L. 17. D. de transact. 2. 15. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16 (17).

Cedenten nicht mehr rechtsgültig zahlen, noch sonst durch Rechtsgeschäfte mit diesem die Forderung beeinträchtigen[4], während er andrerseits gegen dessen Ansprüche durch Einrede geschützt ist[d]. Jedenfalls hat der Schuldner nur eine Forderung, die ursprüngliche des Cedenten, zu zahlen; er hat daher Anspruch auf Sicherstellung gegen die Gefahr, wegen derselben Forderung noch von einem Andern, sei es dem ursprünglichen Gläubiger selbst oder einem andern Cessionar, belangt zu werden, und kann, wenn das Recht der Forderung unter Mehreren streitig ist, die Erledigung dieses Streites diesen selbst durch einen unter ihnen zu führenden Proceß überlassen, nach Umständen aber durch gerichtliche Deposition des Schuldgegenstandes seiner Schuldverbindlichkeit sich entledigen[5].

Aus dem ersten Gesichtspunkt ergibt sich, daß der Cessionar die Forderung ganz so, aber auch nur so, wie sie dem Cedenten zustand[6], geltend machen kann[e]; also einerseits mit den Vortheilen, welche derselben anhaften[f], auch wenn diese durch ein besonderes Recht des Cedenten[7] begründet sind[g], andrerseits aber auch mit den Beschränkungen, also insbesondere unter Zulassung der Einreden[8], welche dem Cedenten selbst als Gläubiger entgegenständen[h], vorausgesetzt, daß deren rechtliche Begründung der Zeit vor Kundgebung der geschehenen Cession angehört[i]. Besondere persönliche Rechte des Cessionars können den Inhalt oder die Wirksamkeit der Forderung nicht zu dessen Vortheil ändern, wenngleich solche in Beziehung auf deren Ausübung ihm zu statten kommen können[9].

Anm. 1 Anfangs hatte erst die Litiscontestatio des Cessionars mit dem debitor cessus diese Wirkung, als wodurch jener dominus litis wurde. Nach Einführung der utilis actio, welche einer allfälligen Erlöschung des mandatum ad agendum ihre Wirkung benahm, wurde jene schon mit der Kundgebung der geschehenen Cession verknüpft. Vgl. a) L. 17. D. de transact. 2. 15. (Papinian.) Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit; si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. b) L. 3. Cod. de novat. 8. 41 (42). (Gordian.) Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis (Hal. *litem*) contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui

[d] L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 27. i. f. D. de procurat. 3. 3. [e] L. 8. Cod. h. t. 4. 39. (§. 254. A. 4. c). [f] L. 23. pr. D. h. t. 18. 4. L. 6. 7. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 14. Cod. de fideiuss. 8. 40 (41). cf. L. 6. D. h. t. L. 2. D. de cess. bon. 42. 3. [g] L. 24. pr. D. de minor. 4. 4. L. 43. D. de usur. 22. 1. L. 2. Cod. de his qui in prior. cred. loc. 8. 18 (19). [h] arg. L. 72 (70). §. 2. D. ad Sc. Treb. 36. 1. L. 17. D. de transact. 2. 15. cf. L. 175. §. 1. L. 177. D. de R. J. [i] arg. L. 17. cit. (not. c. d.).

creditoris exactionem contra eum inhibere. §. 1. Quodsi delegatione facta iure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet etc. Damit stimmt auch überein c) L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16 (17). (Imp. Alexander) . . . ille, cuius nomen tibi pignori datum est (nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus), utilibus actionibus satis tibi facere . . . compelletur, quatenus tamen ipse debet, welche die Wirkung der Verpfändung einer Forderung dahin bestimmt, daß auch der Pfandgläubiger utili actione die Forderung einklagen könne, aber ebenfalls auf den Umstand Gewicht legt, ob dem Schuldner von der Verpfändung (de obligatione tua) Kunde gegeben sei. Schmid I. S. 115 fg. Es fragt sich aber, wie dem Schuldner die Kunde von der Cession geworden sein müsse? Eine Meinung verlangt dazu Benachrichtigung durch den Cessionar *(denuntiatio)*, welche freilich auch, wenn dieser als solcher eine Theilzahlung vom Schuldner empfängt, vorausgesetzt oder eben darin enthalten ist (vgl. vorzüglich Mussel in Linde's Zeitschr. n. F. XII. 12. [Wächter II. S. 409.]), und man hat dies als eine Inbesitznahme der Forderung qualificirt, wodurch erst diese definitiv auf den Cessionar übergehe, gleichwie das Eigenthum durch Tradition (Windscheid die Actio S. 141 fg., vgl. Pand. §. 331. A. 7. 9.). Gegen diese letzte Anschauung haben sich sofort sowohl Muther Actio S. 171 fg. als Bähr in d. dogm. Jahrb. I. S. 426. erklärt, obwohl sonst wesentlich von einander abweichend, indem jener eine den Cessionar sichernde Wirkung nur der Benachrichtigung durch diesen selbst, der letzte auch einer anderswie erhaltenen Kunde des Schuldners beilegt. Für das erste scheinen L. 4. und L. 3. cit. zu sprechen, und wird es neuerdings wieder vertheidigt von Knorr im civ. Arch. XLII. S. 312 fg. vgl. XLVI. 3. Windscheid a. a. O. Aber L. 17. cit. setzt, um eine solche Wirkung auszuschließen, überhaupt ignorantia des Schuldners voraus, und es ist nur ein Nothbehelf, darin (mit Puchta im Rtslex. S. 655. Knorr a. a. O. XLII. S. 319 fg. u. a.) eine Ausnahme für gewisse Fälle zu erkennen, unberechtigt aber auch andrerseits, (mit Mussel und Muther a. a. O.) dabei nur an den Fall zu denken, wenn der Schuldner nicht durch den Cessionar benachrichtigt ist, zumal wenn man mit Muther alles auf den dolus des Schuldners stellt; eben so gut kann angenommen werden, daß in L. 4. cit. die Kundgebung von der geschehenen Verpfändung der Forderung durch den Pfandgläubiger selbst („a te") nur als das Gewöhnliche erwähnt sei, und L. 3. cit. ist vielleicht nicht von einer eigentlichen nominis in solutum datio, sondern von dem Falle zu verstehen, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger nur zu dem Zwecke eine Klage cedirt hat, um sich durch den Empfang der Zahlung für seine Forderung Befriedigung zu verschaffen. Daß aber auch die Kundgebung von Seiten des Cedenten, der in dieser Beziehung selbst als Stellvertreter des Cessionars erscheinen kann, jene Wirkung haben könne, dafür gibt noch L. 27. i. f. D. de procurat. 3. 3. ein Argument. Mühlenbruch S. 493 fg. Kuntze zu Holzschuher 3. Aufl. III. S. 154 fg. Vgl. Seuffert's Arch. III. 156. VI. 25. XII. 338. XIII. 91. XV. 120. vgl. VII. 301. Angemessene nähere Bestimmungen enthält das Preuß. Landr. I. 11. §. 414 . . 419., wo mit Recht der Benachrichtigung durch den Cedenten vorzüglich entscheidendes Gewicht beigelegt wird. Förster a. a. O. (2. Aufl.) I. S. 641 fg. Das österreich. bürg. Gstzb. §. 1395. 1396. legt nur darauf Gewicht, ob dem Schuldner der Uebernehmer der Forderung bekannt geworden ist. Ueber die neueren Entwürfe vgl. Lang Krit. d. bayer. Entw. II. S. 98 fg. und Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 321 (civ. Schr. III. S. 517) fg.

2 Herrschende Lehre ist, daß der Cedent bis zur Anzeige der geschehenen Cession

noch das Recht der Forderung behalte, noch Gläubiger bleibe, und selbst Solche lehren dies, welche dem Cessionar eine wahre Sondernachfolge in die Forderung beilegen. Windscheid §. 331. A. 8. erkennt darin, daß einstweilen sowohl dem Cedenten als dem Cessionar die Klage zusteht, ein wahres Correalverhältniß, wobei es jedoch in der Macht des Cessionars stehe, dieses Verhältniß zu beendigen und sich zum alleinigen Gläubiger zu machen. Diese Lehre stützt sich hauptsächlich auf die Worte „non vetaris" in L. 3. Cod. cit. (A. 1. b.). Dagegen Bähr a. a. O. S. 369 fg. 378 fg. Schmid II. S. 211 fg. 296 fg. 485. Salpius Novation und Delegation. S. 419 fg. [Brinz 2. Aufl. II. S. 394. und A. 11.] vgl. Förster a. a. O.

3 Die Frage, welchem von mehreren, denen der Gläubiger zu verschiedener Zeit die Forderung cedirt hat, der Vorzug gebühre, beantwortet sich verschieden, je nach der Bedeutung, welche man der Denuntiation beilegt (A. 1. 2.). Vgl. einerseits Muffet und Windscheid a. a. O., andrerseits Schäffer im Arch. f. prakt. Rtsw. I. 23. [Heft 3. S. 149 fg.] III. 18. [S. 403 fg.]. Bähr a. a. O. S. 435 fg. Schmid II. S. 297 fg., auch Dernburg Pfandr. I. S. 472. Vangerow §. 575. A. 4., dagegen aber wieder Knorr im civ. Arch. XLII. 15. Mit diesem gibt auch Sintenis in d. 2. und 3. Aufl. II. §. 128. A. 77. gegen seine frühere Meinung demjenigen den Vorzug, welcher zuerst dem Schuldner die Cession angezeigt hat. Vgl. auch Holzschuher und Kuntze a. a. O. S. 155 fg. Umgekehrt nimmt Windscheid diese früher auch von ihm vertheidigte Meinung in d. Pand. §. 331. A. 10. zurück, aus dem Grunde, weil der Cedent dem zweiten Cessionar nicht mehr Recht übertragen könne, als er selbst jetzt noch habe, dieses aber nur ein Gläubigerrecht sei, das der erste Cessionar durch Anzeige an den Schuldner vereiteln könne, nicht aber die Befugniß enthalte, seinerseits durch Anzeige an den Schuldner den ersten Cessionar auszuschließen. Vgl. Förster S. 639. 642. Jedenfalls befreit sich der noch unkundige Schuldner durch Zahlung an den späteren Cessionar eben so wie durch Zahlung an den Cedenten. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 248. XIII. 246. XVII. 27.

4 Gegen die herrschende Ansicht, welche wenigstens der Denuntiation die oben angegebenen Wirkungen beilegt, behauptet Muther a. a. O. §. 63. 64., daß auch nachher noch der Schuldner durch Zahlung an den Cedenten die Obligatio tilgen und eben so andre liberatorische Rechtsgeschäfte mit demselben wirksam vornehmen könne, und nur ex dolo dem Cessionar hafte, wenn dieser nicht von dem Cedenten Befriedigung erlangen könne (arg. L. 2. §. 5. D. h. t. 18. 4. vgl. mit L. 6. D. de dolo. 4. 3.); und ist dadurch selbst Windscheid, soviel das R. Recht betrifft, in seiner Ueberzeugung wankend geworden (die Actio, Abwehr gegen Muther S. 79.). Es ist zuzugeben, daß nach römischer Ansicht ipso iure durch jene Zahlung die Obligatio getilgt wurde; Acceptilatio der cedirten verborum obligatio war sogar nur durch den Cedenten möglich. Allein a) gegenüber den Stellen in A. 1. fehlt es an genügendem Grunde, um zu behaupten, daß der Schuldner dem Cessionar in obigem Falle nur in subsidium hafte, da L. 2. §. 5. cit. der geschehenen Denuntiatio nicht erwähnt, und auch selbst nach dieser die actio emti gegen den Erbschaftsverkäufer kein Bedenken hat, übrigens nicht in allen Cessionsfällen eine Contractsklage gegen den Cedenten begründet ist; es ist auch b) nicht begründet, eine in integrum restitutio (also mit Beobachtung der Restitutionsfrist) gegen den Verlust der mandata actio zu erfordern, vielmehr consequent, wie im Fall der wörtlichen, so auch im Fall der thatsächlichen Zurücknahme des Mandats durch Zahlungsempfang dem Cessionar die utilis actio gegen den Schuldner, den nicht Unkenntniß entschuldigt, einzuräumen. So aber ergibt sich, daß durch die Zahlung u. dgl. nur eine nuda iuris civilis obligatio getilgt ist, die Forderung aber materiell unge-

achtet derselben noch fortbesteht: vgl. L. 27. in f. D. de procurat. 3. 3. Vgl. nun auch Windscheid Pand. §. 331. A. 8. a. E.

[5] Praktische Bemerkungen darüber enthält Bähr's Abh. a. a. O. S. 450 fg. [vgl. mit S. 358. 359.] vgl. Windscheid §. 334., dagegen jedoch Sintenis §. 128. A. 1. 77. 100.

[6] [Carlin Niemand kann auf einen Anderen mehr Recht übertragen, als er selbst hat. 1882. S. 6 fg.] Oesterr. bürg. Gstzb. §. 1394: „Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben." — Mit Recht bemerkt Bähr die Anerkennung S. 180. [2. Aufl. S. 197 fg.]: „Die Cession bewahrt noch bis in das heutige Recht [dem Schuldner gegenüber] im Wesentlichen die Natur eines mandatum ad agendum, und man wird nicht ohne erhebliche Bedenken, namentlich nicht ohne große Gefährdung des Schuldners, diesen Grundgedanken verlassen können"; und erklärt es in d. dogm. Jahrb. I. S. 445. „für vollkommen richtig, wenn man mit Mühlenbruch principiell davon ausgeht, daß ... die actio utilis dem Cessionar wider den Schuldner keine weiter gehenden Rechte, als die actio mandata, gegeben habe, und daß man daher auch noch nach heutigem Recht sagen könne: der Cessionar gilt dem Schuldner gegenüber einem processualischen Vertreter des Cedenten gleich", wenngleich „die selbständige Stellung des Cessionars dem Cedenten gegenüber auch einigen Einfluß auf sein Verhältniß zum debitor cessus äußert". Vangerow (7. Aufl.) III. S. 105., dagegen Windscheid §. 329. A. 10. a. E. — Ueber Cession in Anwendung auf Correalobl. (L. 82. §. 5. D. de legat. I. L. 13. pr. D. de legat. II.) vgl. Fritz in Linde's Zeitschr. n. F. XIX. S. 63 fg. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 235. 319. 332. 384.

[7] [Streitig: ob in L. 43. cit. (not. g.) zu lesen sei petere posse oder petere non posse? s. Mühlenbruch S. 581. N. 122.; Vangerow §. 575. A. 2. (III. S. 118 fg.) dann:] inwiefern ein privilegium exigendi personae des Cedenten dem Cessionar nütze? Mühlenbruch S. [555 fg.] 566 fg. Puchta im Rtslex. S. 657. Vangerow III. §. 575. A. 2. L. 68. D. de R. J. L. 42. D. de adm. tut. 26. 7. Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit: in rem suam indicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. Vgl. Windscheid Actio S. 186 fg. Pand. §. 322. A. 9 fg. Nicht darauf, sondern auf das privilegirte Pfandrecht bezieht sich L. 7. Cod. de priv. fisci. 7. 73. — Vgl. Preuß. Landr. I. 11. §. 403. „Auch besondere Vorrechte, welche der cedirten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, gehen, selbst ohne ausdrückliche Uebertragung, auf den neuen Inhaber mit über." §. 404. „Dahin gehören auch solche Vorrechte, welche der Forderung selbst, in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers, zukommen; nicht aber bloße persönliche Befugnisse, welche, wie die Vorrechte des Fiscus wegen des Gerichtsstandes und der Sportelfreiheit, bloß bei Gelegenheit der cedirten Forderung von dem vorigen Inhaber ausgeübt werden konnten."

[8] Anwendung a) auf die exceptio doli? bestritten noch von Mühlenbruch in der 2. Aufl. S. 568 fg., sofern nicht der Dolus des Cedenten in unmittelbarer Verbindung mit dem Grunde des Forderungsrechts stehe, oder der Cessionar die Forderung ex causa lucrativa erhalten habe: arg. L. 4. §. 17. 28. 29. D. de doli m. exc. 44. 4. (womit zu vergl. Gai. II. 34. 35. III. 85.). Anders derselbe in der 3. Aufl. S. 593 fg., vgl. Vangerow §. 575. A. 1. [S. 115 fg.] b) auf die exceptio pacti de

non petendo in personam? von Mühlenbruch ebenfalls noch bestritten in der 2. Aufl. S. 571.; dagegen in der 3. Aufl. S. 599. c) auf die Einrede der Competenz? für die Fälle in §. 225. A. 3. bestritten von Mühlenbruch S. 591. Puchta im Rtslex. S. 662.; dagegen Vangerow §. 575. A. 1. a. E. d) auf bloß processualische Einreden? dagegen Vangerow a. a. O. u. a.; vgl. überhaupt noch Francke im civ. Arch. XVI. 15. und Windscheid a. a. O. S. 181 fg. Pand. §. 332. A. 1 fg. e) Verzicht des Schuldners auf seine Einreden: stillschweigender im Fall der Zuziehung zur Cession? „An sich kann nur dann seiner Zuziehung diese Wirkung beigelegt werden, wenn sein Schweigen außerdem als Betrug qualificirt werden müßte." Puchta Vorles. II. §. 284. g. E. f) Zulässigkeit einer Widerklage gegen den Cessionar aus einem Recht gegen den Cedenten? L. 33. §. 3.. L. 35. pr. L. 70. D. de procurat. 3. 3.? Mühlenbruch §. 62. Puchta im Rtslex. S. 663. [Daß der auf Grund einer gesetzlich gebotenen Cession abgetretene Anspruch in der Hand des Cessionars stärkere Wirkung haben kann, als bei dem Cedenten (Ausschließung der Culpacompensation): s. Regelsberger im civ. Arch. LXIII. 8. II. S. 200 fg.]

[9] Ausnahme für den Fiscus, nach L. 6. pr. D. de iure fisci. 49. 14. cf. L. 17. §. 6. D. de usur. 22. 1.? Mühlenbruch §. 58. Puchta a. a. O. S. 660 fg. Vangerow §. 575. A. 2. a. E. Vgl. Preuß. Landr. I. 11. §. 405. „Der Cessionarius kann sich seiner persönlichen Vorrechte gegen den Schuldner so wenig, als gegen die übrigen Gläubiger desselben bedienen." §. 406. „Es kommen also auch dem Fiscus, Kirchen, milden Stiftungen und anderen privilegirten moralischen Personen, welche von anderen Privatpersonen Forderungen an sich lösen, in Ansehung derselben diejenigen Vorrechte nicht zu, welche die Gesetze den ihnen selbst ursprünglich zustehenden Forderungen und Gerechtsamen beilegen."

## §. 257.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Cedenten und Cessionars gegeneinander bestimmen sich durch die Natur und den Inhalt des Rechtsgeschäfts oder Rechtsverhältnisses, welches den Grund der Cession enthält (§. 255.). Davon hängt es insbesondere ab, ob der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit der Forderung hafte, *verum* nomen esse, und für deren Klagbarkeit? ob auch für die Güte derselben, *bonum* nomen esse? Das letzte ist in der Regel nicht der Fall; das erste dagegen ist regelmäßig der Fall bei freiwilligen Cessionsgeschäften gegen eine Gegenleistung[a]. Uebrigens bewirkt die Cession an sich im Allgemeinen nur, daß der Cedent die Geltendmachung der Forderung durch den Cessionar nicht hindern kann[b], vielmehr der Regel nach (nisi aliud actum est) auch die ihm zu Gebote stehenden Hülfsmittel dem Cessionar gewähren[c], und, was er etwa später noch vom Schuldner erhält, jenem herausgeben muß[d].

[a] L. 4. 5. D. h. t. 18. 4. L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. cf. α) L. 10. 12. D. h. t. β) L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. γ) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. δ) L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1.
[b] L. 28. 55. D. de procurat. 3. 3. [c] L. 6. 14. pr. 23. pr. D. h. t. 18. 4. [d] L. 25. eod.

Anm. Vgl. [Mühlenbruch §. 63. 64.] Schliemann die Haftung des Cedenten. 1848. 1850. Strempel Justa Causa S. 45 fg. Lang a. a. O. II. S. 104 fg. Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 323 (civ. Schr. III. S. 519) fg.

## C. Beschränkungen der Cession.

### §. 258.

#### 1) Rücksichtlich der Zulässigkeit.

Nach der Natur der Sache muß die Cession einer Forderung unzulässig sein, insofern deren Ausübung durch den Cessionar gar nicht oder nicht ohne Aenderung ihres Inhalts möglich ist, weil es bei der Leistung auf die Person des Empfängers ankommt[1]; desgleichen sofern die Forderung nur eine rein persönliche Genugthuung des Gläubigers bezweckt, welchen Charakter sie durch Ueberlassung derselben an einen Andern verlieren würde[2]. Außerdem ist in gewissen Fällen die Cession von Forderungen durch besondere gesetzliche Bestimmungen für unzulässig erklärt[3][4][5].

Anm. [1] Dahin gehören z. B. Retractsklagen des deutschen Rechts, sofern sie eine besondere Eigenschaft des Gläubigers voraussetzen; sodann Forderungen auf Dienstleistungen, die sich an die Person knüpfen, arg. L. 9. §. 1. D. de op. lib. 38. 1.; die Forderung auf Bestellung einer persönlichen Servitut. Doch steht nichts im Wege, die Klage auf Bestellung des Nießbrauchs in der Art abzutreten, daß dieser für den eigentlichen Gläubiger bestellt, die Ausübung desselben aber sofort dem Cessionar eingeräumt werde. [Cessibilität der Forderungen aus Vorverträgen? Eisele in d. Zeitschr. f. schweiz. Recht. N. F. III. S. 39 fg. Ueber „das pactum de non cedendo" Stegemann im civ. Arch. LXVII. 8.]

[2] Es sind dies die sog. actiones vindictam spirantes (§. 104. A. 1.). Die Unzulässigkeit ihrer Cession ist zwar nicht gesetzlich ausgesprochen, daher auch nicht unbestritten. Aber vgl. Mühlenbruch §. 26. — Nach R. R. konnten auch Popularklagen nicht cedirt werden, da sie jedem Bürger als solchem, keinem (ante litem contestatam) als besonderes Recht zustanden. L. 5. 7. D. de pop. act. 47. 23. S. oben §. 100. a. E. und §. 104. A. 1. a. E.

[3] Dahin gehört: a) das Verbot der Cession an eine einflußreichere Person, in der Absicht, den Schuldner durch Vorschiebung des mächtigeren Gegners in eine nachtheiligere Lage zu versetzen. L. 1. 2. Cod. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus praestare vel actiones in se transferre. 2. 13 (14). Vgl. Seuffert §. 299. A. 1. „Das Verbot . . . möchte heutzutage, wo Gleichheit vor dem Gesetze besteht, nicht mehr anwendbar sein"; jedenfalls nicht mehr angemessen. Vangerow 7. Aufl. III. S. 111. [Windscheid 5. Aufl. §. 335. A. 19.] Ungegründet aber ist die Behauptung (Mühlenbruch §. 30. [S. 372 fg.]), daß das Gesetz sich nur auf simulirte Cessionen beziehe. Puchta im Rtslex. S. 646. b) „Die wunderliche, in der Praxis sehr häufig nicht mehr beachtete Vorschrift der Reichsgesetze, daß ein Jude seine Forderung gegen einen Christen nicht an einen andern Christen cediren dürfe" (Vangerow a. a. O. S. 112.), R.A. v. 1551., §. 79. R.P.O. v. 1577. XX. §. 4.,

die gewissermaßen unter den Gesichtspunkt von a. fällt. [Beseitigt durch Reichsges. v. 3. Juli 1869. Oben §. 34. A. 1. und Mandry Reichsges. S. 54. 306. (2. Aufl. S. 72. 412.)] c) Das Verbot der Cession einer Forderung gegen den Mündel an den Vormund, selbst nach Beendigung der Vormundschaft, vorausgesetzt, daß die Forderung schon früher entstanden war; Nov. 72. cap. 5. (nicht eben so der gegen eine juristische Person an deren Geschäftsführer). d) Das Verbot der Cession streitiger Forderungen. L. 3. 5 (4). Cod. de litigiosis. 8. 36 (37). [Beseitigt durch die R.Civ.Pr.O. §. 236. Mandry S. 158. 192 fg. (2. Aufl. S. 232. 270 fg.)] S. oben §. 118. A. 4. h. — Im letzten Falle ist die Cession nichtig, in den Fällen a..c hat sie Befreiung des Schuldners zur Folge, selbst quoad naturalem obligationem. Vgl. Puchta im Rtslex. S. 645 fg. Vangerow a. a. O. [S. 109 fg.] Schwanert Naturalobl. S. 476 fg. gegen von der Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu. Lips. 1840. pag. 40. und Mühlenbruch §. 32., welcher letzte aber (§. 30. 34.) in den Fällen a. b. die Forderung dem Fiscus zuspricht.

[4] Als unzulässig pflegt man noch anzuführen a) die Cession einer Forderung gegen den Sohn an den Vater, und umgekehrt, arg. L. 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 4. D. de iud. 5. 1.; b) die Cession einer accessorischen Forderung ohne die Hauptforderung. Dagegen Vangerow a. a. O. S. 108 fg. Vgl. Sintenis §. 128. A. 29. 39. [Vgl. zu diesem §. noch Dernburg Preuß. Priv.R. §. 83. Stobbe Handb. III. S. 183 fg.]

[[5] Die Reichsgesetze (betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes) v. 21. Juni 1869 (§. 1..5.), (betr. die Rechtsverh. der Reichsbeamten) v. 31. März 1873. (§. 6. und 19.), (Reichsmilitärgesetz) v. 2. Mai 1874 (§. 45.), (betr. die eingeschriebenen Hülfskassen) v. 7. April 1876 (§. 10.) erklären die Cession (und ebenso auch die Verpfändung, Anweisung, Beschlagnahme u. dgl.) der Vergütung für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet worden, sofern dieses Verhältniß die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, sowie der Diensteinkünfte von Beamten und Militärpersonen, (jetzt auch der Witwen- und Waisengelder der Witwen und Waisen von Reichscivil- und Reichsbankbeamten — Ges. v. 20. April 1881. §. 17., 8. Juni 1881. — und der Ehrenzulage an die Inhaber des eisernen Kreuzes — Ges. v. 2. Juni 1878. §. 3. —) endlich des Anspruchs auf Unterstützung an eine eingeschriebene Hülfskasse unter bestimmten Voraussetzungen für nichtig. Näheres bei Mandry S. 158 fg. 307. (2. Aufl. S. 232 fg., 412.)]

## §. 259.

### 2) Rücksichtlich der Wirkung.

Eine besondere Beschränkung ist durch eine Verordnung von Kaiser Anastasius (lex Anastasiana[a]), ergänzt durch eine Verordnung von Justinian[b], für den Kauf von Forderungen eingeführt worden[1]. Der Cessionar, der es durch Kauf geworden ist, soll nur diejenige Summe einklagen können, die er als Preis für Abtretung der Forderung gezahlt hat, mit Zurechnung landesüblicher Zinsen[c], und zwar auch dann nicht

[a] L. 22. Cod. mandati. 4. 35. (Imp. Anastasius Eustathio p. p.). [b] L. 23. Cod. eod. (Imp. Justinianus A. Joanni p. p.). [c] L. 22. §. 1. (L. 22.) cit.

mehr, wenn ihm nur ein Theil der Forderung verkauft, der andere geschenkt, oder der ganze Kauf unter scheinbarer Schenkung versteckt ist[d]. In Ansehung des Restes ist die Forderung kraft des Gesetzes getilgt[e], daher kann auch der zweite Cessionar nicht mehr fordern, als sein Cedent gezahlt hatte[2]. Den Beweis, wie viel er gezahlt habe, muß der Cessionar führen, wenn der Kauf als Cessionsgrund feststeht[3].

Nach ausdrücklicher Bestimmung findet das Gesetz keine Anwendung auf Cessionen zum Zweck der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, auf die Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt oder zu Gunsten des Pfandbesitzers, der den Gläubiger abfindet[f]; Fälle, in denen besondere Umstände die Cession veranlassen. Nach der Natur der Sache und der Absicht des Gesetzes ist dasselbe auch unanwendbar auf Forderungen, deren Gegenstand nicht Geld ist, oder die nicht als einzelne, sondern nur als zu einer Gesammtheit gehörig in dieser gekauft sind, sodann auf solche Forderungen, die ihrer Natur nach bestimmt sind, Gegenstand des Handelsverkehrs zu werden (Wechselforderungen, Staatsobligationen u. dgl.), sowie auf Forderungen von gewagter Natur, welche von Anfang an auf einen ungewissen Gegenstand gehen.

Anm. 1 Ueber das Gesetz überhaupt, dessen Gründe und Zweckmäßigkeit, vgl. Mühlenbruch §. 53. Puchta im Rtslex. S. 647 fg. Schmid a. a. O. §. 8. S. 34 fg. — Durch das Handelsgesetzbuch Art. 299. ist das Gesetz für Forderungen aus Handelsgeschäften, durch verschiedene Particulargesetze ist es überhaupt aufgehoben.

2 Gegen die abweichende Meinung von Arnold prakt. Erörtr. I. 8. [S. 153 fg.], vgl. Puchta §. 285. not. l. Seuffert's Arch. II. 31. — Neuerdings ist aber von Mehreren wieder die Meinung vertheidigt, daß der Rest der Forderung nur im Falle der L. 23. Cod. l. c. (not. d.) getilgt sei, sonst dem Cedenten verbleibe. Unterholzner I. S. 510. A. i. Brackenhöft im civ. Arch. XXIII. 6. Herrmann das. XXXI. 3. Dagegen Vangerow §. 576. A. 1. Jedoch wird jene Meinung unterstützt durch ein Scholion zu den Basil. XIV. 1. 85. (Heimb. II. p. 152.), und mit Berufung darauf wieder vertheidigt von Schmid I. S. 42 fg. — Ob eine naturalis obligatio übrig bleibe? von der Pfordten l. c. Unterholzner S. 511. A. c. Dagegen Vangerow §. 576. A. 1. a. E. Schwanert a. a. O. S. 477. — Verzicht auf die exceptio legis Anastasianae? Seuffert's Arch. II. 30.

3 So die herrschende Meinung, dem Zweck des Gesetzes entsprechend. Puchta im Rtslex. S. 651. Vangerow §. 576. A. 2. Sintenis II. §. 128. A. 57. Seuffert §. 303. g. E. und dessen Arch. I. 29. (Plenarbeschluß des O.A.Gerichts in München vom 20. April 1843.) XV. 19. Schmid I. S. 38 fg. — Abweichende Ansichten: a) der Schuldner habe zu beweisen, wie viel weniger der Cessionar gezahlt habe, neuerdings vertheidigt von Burchardi im civ. Arch. XVIII. 8., Mayen Beweislast S. 157 fg., Windscheid §. 333. A. 7. arg. L. 17. D. de probat. 22. 3.; b) dem Schuldner liege der Beweis nur ob, wenn er nach L. 23. cit. theilweise Tilgung der

d L. 23. cit. e L. 23. §. 1. cit. f L. 22. §. 2. 3. (L. 22. i. f.) l. c.

Schuld behauptete, dem Cessionar, um sich nach L. 22. cit. zur Klage auf das Ganze zu legitimiren. Brackenhöft und Herrmann a. a. O. Gegen beide Vangerow a. a. O. — Beweiskraft einer Empfangsbescheinigung des Cedenten? Seuffert a. a. O. (Motive zu dem angeführten Plenarbeschluß.)

## VI. Aufhebung der Obligationen[a].

### §. 260.

Die Obligatio wird ihrer Natur nach vor Allem durch die Befriedigung der Forderung des Gläubigers aufgehoben, durch Erfüllung (§. 218.), oder was dieser gleich wirkt. Aber außerdem kann die Obligatio noch auf verschiedene Art theils mit theils ohne Willen des Gläubigers aufgehoben werden, bald ipso iure bald ope exceptionis (§. 217.). Die Aufhebung bewirkt für den Schuldner Befreiung von der Schuld, und diese ist für denselben der Aufhebung gleich. Bei der Theilnahme mehrerer Personen aber an einem und demselben Schuldverhältniß ist es möglich, daß für einen Schuldner Befreiung eintrete, ohne daß die Obligatio überhaupt aufgehoben würde (§. 213.).

Anm. Die obligatio heißt ein iuris vinculum, pr. J. de obl. 3. 13., dessen Lösung, wie sie auch geschehe, *solutio*. L. 54. 80. D. h. t. L. 47. D. de V. S. cf. L. 4. §. 7. D. de re iud. 42. 1. Da aber die Obligatio ihrem Wesen nach bestimmt ist, durch Erfüllung der schuldigen Leistung getilgt zu werden, so wird solutio, solvere auch geradezu als gleichbedeutend mit Erfüllen gebraucht. L. 176. D. de V. S. „solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit". Und weiterhin wurde es gebräuchlich, das Wort auf den Gegenstand der Leistung zu beziehen; pr. J. h. t. „solutione eius quod debetur", so „solvere fundum, impensam", L. 7. §. 2. D. pro emt. 41. 4. L. 45. §. 1. D. de act. emti. 19. 1., auch „operas", L. 26. §. 12. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 39. §. 3. D. de statulib. 40. 7., sogar „libertatem", L. 24. D. de excus. 27. 1. So auch wird insbesondere die Erfüllung einer Geldschuldverbindlichkeit durch „solvere summam, pecuniam" bezeichnet, d. i. „numerare pecuniam" = „solvere aes alienum", L. 49. D. h. t. cf. L. 5. §. 10. D. de reb. eor. 27. 9. L. 59. pr. D. de re iud. 42. 1., und in dieser Bedeutung wird das Wort solvere schlechtweg besonders häufig gebraucht, auch exsolvere, persolvere. Dem numerare pecuniam entspricht das deutsche „Zahlen". Daß nun die heutige Rechtssprache sehr gewöhnlich „Zahlung" statt „Erfüllung" sagt, wird nicht ohne Fug von Windscheid §. 342. A. 1. „als eine Unart" getadelt. Vgl. auch Sintenis §. 103. A. 2. 7. 9. [u. überh. Gruchot (s. §. 261. A.*) §. 1. Brinz 2. Aufl. §. 289. Voigt die XII Tafeln II. §. 118.]

[a] Inst. quibus modis obligatio tollitur. 3. 29. Dig. de solutionibus et liberationibus. 46. 3. Cod. 8. 42 (43).

## A. Durch Erfüllung. Zahlung.*

### §. 261.

Die Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit (§. 219 fg.) überhaupt, und so die in der Absicht**, die Verbindlichkeit zu erfüllen[a], geschehende Leistung des Schuldgegenstandes, insbesondere die Zahlung der geschuldeten Geldsumme, an den zum Empfang fähigen Gläubiger oder dessen befugten Stellvertreter[b], oder an denjenigen[c], welchem leisten zu dürfen bei der Begründung der Obligatio der Schuldner ermächtigt worden ist[1], (*solutionis causa adiectus*, Zahlungsempfänger), hebt die Obligatio vollständig auf, auch wenn sie durch einen Andern als den Schuldner selbst geschieht[d]. Wenn sich der Schuldner gehindert findet, dem Gläubiger (und zwar mit der Sicherheit, sich dadurch zu befreien) zu leisten, und insbesondere, wenn der Gläubiger durch Verzug der Annahme die Erfüllung hindert (§. 251.), so kann sich der Schuldner durch gerichtliche Hinterlegung des Schuldgegenstandes befreien[e], unter Umständen selbst ohne diese der zu leistenden Sache sich entledigen[f]. [Preisgebung, auch sog. Dereliction.][2]

Hat Jemand aus verschiedenen Verpflichtungen Sachen derselben Art an denselben Empfänger zu leisten[3], insbesondere mehrere Geldschulden an diesen zu zahlen, so kann er bei der Leistung beliebig bestimmen, welche seiner Schulden dadurch getilgt werden soll[g]; unterläßt er dies, so kann sofort der Gläubiger die Bestimmung treffen, jedoch, wenn der Schuldner nicht zustimmt, nur mit Rücksicht auf das, was für diesen das Vortheilhaftere ist[h]. Außerdem ist eine Zinsschuld vor der Hauptschuld, sodann die fällige vor der nicht fälligen, ferner die für den Schuldner lästigere vor der weniger lästigen, und von den in dieser Hinsicht gleichen die ältere vor der jüngern als bezahlt anzunehmen[i]; wo aber keine dieser Rücksichten entscheidet, ist die Zahlung auf alle nach Verhältniß anzurechnen[k]. Verschafft sich der Gläubiger die Bezahlung durch Verkauf eines für mehrere Forderungen bestellten Pfandes, so rechnet er die Zahlung zuerst auf die Zinsen ab, sodann auf die Hauptforderungen nach seiner Wahl, selbst nicht klagbare[l], jedoch, wenn

[a] L. 55. D. h. t. [b] L. 12. pr. §. 2. 4. L. 14. 15. L. 38. §. 1. L. 86. D. h. t. [c] L. 9. pr. L. 10. 12. §. 1. 3. L. 38. pr. L. 59. 71. pr. L. 95. §. 6. L. 106. D. h. t. L. 56. §. 2. L. 141. §. 3. D. de V. O. 45. 1. L. 23. D. de fideiuss. 46. 1. [d] L. 23. 40. 53. D. h. t. (§. 219. not. c.) [e] L. 9. Cod. h. t. L. 7. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 6. 19. Cod. de usur. 4. 32. L. 8. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). cf. L. 41. §. 1. D. de usur. [f] L. 1. §. 3. D. de peric. 18. 6. [g] L. 1. L. 101. §. 1. L. 102. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. [h] L. 1..3. pr. D. h. t. cf. L. 5. §. 3. eod. [i] L. 3. §. 1..L. 5. pr. §. 2. L. 97. 103. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. [k] L. 8. D. h. t. [l] L. 5. §. 2. L. 101. §. 1. D. h. t. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7.

für mehrere Forderungen gleichzeitig das Pfand bestellt war, auf jede nach Verhältniß[m].

Anm. [* Gruchot d. L. v. d. Zahlung der Geldschuld nach heutigem deutschen R. 1871. (Drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XV. S. 159 fg.) Römer Beitr. z. L. v. d. Erfüllung der Obl. nach gem. R. mit bes. Berücks. der Beweislast, in der Festschrift zur 4. Säcularfeier der Univ. Tübingen v. Römer und Meibom. 1877. S. 5 fg. (Drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XXI. S. 290 fg.) Brinz 2. Aufl. §. 290. Vgl. auch Erman z. Geschichte d. röm. Quittungen und Solutionsacte. 1883.]

[** Daß die Leistung „grade in der Absicht erfolge, den Rechtsanspruch zu tilgen", hält nicht für erforderlich Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 229 fg. Doch fordert auch er, daß sie „grade um der Thatsache willen erfolgt sei, um deren willen sie das Recht begehrte, negirt also nur die Nothwendigkeit juristisch gefärbten Bewußtseins". Vgl. oben §. 145. A. 2.]

[1] Ueber den solutionis causa adiectus (z. B. bei der Stipulation: *mihi aut Titio dare spondes? spondeo.*) s. Brandis im Rh. Museum V. 11. Derselbe ist dem Gläubiger regelmäßig als Mandatar verpflichtet, ihm das Empfangene herauszugeben. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 131. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 98. §. 5. D. h. t. Erleidet er eine Veränderung in seiner persönlichen Stellung, die den Gläubiger gefährdet, so soll ihm der Schuldner nicht mehr zahlen. L. 38. pr. L. 95. §. 6. D. h. t. L. 56. §. 2. D. de V. O. Für unpraktisch hält den adiectus solutionis causa Bähr in d. dogmat. Jahrb. VI. S. 150. A. 17.; dagegen Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 171 (civ. Schr. III. S. 504). — Verschieden ist der Fall, wenn stipulirt ist: *mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?* L. 118. §. 2. D. de V. O. 45. 1. Mommsen Beitr. II. S. 85 fg.

[2] Die Deposition muß eine unbedingte sein und den ganzen Schuldgegenstand begreifen, wenn nicht der Gläubiger wider Willen auch theilweise Zahlung sich gefallen lassen muß. Seuffert §. 284. not. 3. Seuffert's Arch. I. 34. II. 158. Wird das Deponirte zurückgenommen, ehe der Gläubiger es empfangen, so wird die Wirkung der Deposition wieder aufgehoben. L. 19. in f. Cod. de usur. [Vgl. Gruchot §. 14. Ulrich d. Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners. 1877. Kühne „Ungewißheit des Gläubigers als Grund zur Deposition behufs Befreiung des Schuldners" in d. dogm. Jahrb. XVII. 1. Jeß in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 158 fg. Kühne ebenda S. 174 fg. Czyhlarz in d. Wiener Ztschr. VI. 13. S. 657. Kohler in d. dogm. Jahrb. XVII. 8. Schey mora cred. §. 7 fg. und S. 124.]

[3] Darüber vgl. [Gruchot §. 13.] Henrici in d. dogm. Jahrb. XIV. 10. S. 428..494. Struckmann zur L. v. d. Zahlung, ebda. XV. S. 251 fg. [Brinz a. a. O. S. 447 fg.]

## §. 262.

Die geschehene Zahlung hat zu beweisen, wer sich darauf beruft[a]. Um sich ein Beweismittel zu verschaffen, kann der Schuldner die Zahlung zurückhalten, wenn ihm nicht eine Urkunde über deren Empfang aus-

[m] L. 96. §. 3. D. h. t.
[a] §. 114. not. k.

gestellt wird[b], Quittung[1], *apocha*[c]. Eine Quittung hat aber [nach einer jetzt aufgehobenen[1a] Constitution Justinians] der Regel nach erst nach Ablauf von 30 Tagen seit ihrer Ausstellung Beweiskraft[d]; bis dahin kann diese durch querela non numeratae (non solutae) pecuniae beseitigt werden[2]. Bei einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründen die Quittungen[e] über die drei zuletzt fällig gewordenen eine Vermuthung für die Berichtigung der früher fälligen Leistungen[3]. Eine Vermuthung für die Zahlung oder anderweitige Tilgung der Schuld wird auch durch die Rückgabe des Schuldscheins an den Schuldner[f], sowie durch solche Aenderungen an demselben, wie sie zum Zeichen der Tilgung der Schuld vorzukommen pflegen[g], begründet[4].

Anm. [1] [Ueber die rechtliche Natur der Quittung: Bähr Urtheile des Reichsger. Nr. V. S. 21 fg.] Ueber die Verbindlichkeit, eine Quittung auszustellen: Linde in seiner Zeitschr. I. S. 244 fg. Busch im civ. Arch. XXXI. 1., dagegen Rudloff das. XLV. 7. Vgl. Seuffert's Arch. I. 330. VIII. 246. IX. 19..21. 115. XIII. 245. Busch Stimme d. Praxis S. 111 fg. [Bähr a. a. O. Nr. VII. S. 32 fg.] — Eine überaus ängstliche Vorschrift hat Justinian in Betreff des Zeugenbeweises für Zahlung einer urkundlich bekannten Schuld erlassen; er soll nur durch fünf vollkommen glaubwürdige bei der Zahlung oder dem mündlichen Empfangbekenntniß zugezogene Zeugen geführt werden können. L. 18. Cod. de test. 4. 20. Nov. 90. cap. 2. Diese Vorschrift aber, obwohl noch von Linde a. a. O. S. 241 fg. als zweckmäßig vertheidigt („was jedoch erhebliche Bedenken gegen sich haben dürfte", Bayer ord. Prozeß S. 790.), wird nach der Behauptung der Meisten heutzutage nicht beachtet. Gesterding im civ. Arch. IV. 4. [S. 17.] Vgl. jedoch Holzschuher II. 2. S. 170. 3. Aufl. III. S. 200. Windscheid §. 344. A. 2. [Jedenfalls ist sie durch das Einf.Gesetz z. Reichs-Civ.Pr.O. §. 14. Nr. 2. beseitigt.]

[[1a] Einf.Ges. zur R.C.Pr.O. §. 17.: „Die Beweiskraft ... einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden." Damit haben die in A. 2. mitgetheilten Detailbestimmungen und mehrere der Streitfragen ihr praktisches Interesse verloren.]

[2] Nur auf Quittungen bezüglich urkundlicher Schulden beschränkt den Satz Gneist formelle Vertr. S. 31. — Ausgenommen sind a) nach gesetzlicher Bestimmung: Quittungen über öffentliche Abgaben. L. 14. §. 1. cit. L. 5 (4). Cod. de apoch. publ. 10. 22.; b) nach der Natur der Sache: *α*) öffentliche Urkunden, welche die Zahlung als vor der beglaubigenden Autorität geschehen bezeugen, Sintenis §. 103. A. 90.; nicht alle Quittungen, die öffentliche Urkunden sind (Puchta §. 287. nach not. x.), auch nicht, wenn sie ein vor der öffentlichen Behörde abgelegtes Empfangsbekenntniß enthalten (Frist Erläutr. Heft III. S. 394.). *β*) Urkunden, die ein Bekenntniß enthalten, daß die Zahlung bereits in einem frühern näher angegebenen Zeitpunkt geschehen sei. Unterholzner I. S. 477. not. e. 5. Auch spätere Anerkennung der Quittung schließt die Anwendung der Regel aus, arg. L. 4. Cod. de non num. pec. Streitig

[b] arg. L. 22. D. de usur. 22. 1. L. 18. Cod. de testib. 4. 20. L. 19. Cod. de fide instrum. 4. 21. [c] L. 19. §. 1. D. de acceptil. 46. 4. [d] L. 14. §. 1. 2. Cod. de non num. pec. 4. 30. [e] L. 3. Cod. de apochis publ. 10. 22. [f] L. 2. §. 1. D. de pact. 2. 14. L. 14. 15. Cod. h. t. 8. 42 (43). §. 64. not. d. [g] L. 24. D. de probat. 22. 3.

ist es, ob nach Ablauf der Frist noch Gegenbeweis zulässig sei? (jedoch Illo videlicet observando, ut in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere, vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerri liceat. L. 14. §. 3. Cod. l. c.) — Von der bisher herrschenden Meinung wesentlich abweichende Ansichten sind ausgeführt *a*) von Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 317 fg. [2. Aufl. S. 354 fg.], welcher dem Empfangsbekenntniß überall sogleich einfache Beweiskraft beilegt, zudem aber die Anfechtung des die Tilgung der Schuld betreffenden Anerkennungsvertrages, welcher in jeder Quittung enthalten sein soll, wegen angeblichen Nichtempfangs nach Ablauf der gesetzlichen Zeitfrist völlig ausschließt (vgl. Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 41. 219. 235 (civ. Schr. I. S. 353. 359. 373) fg. Brinz 1. Aufl. S. 426 fg. S. 639.); *β*) von Schlesinger zur Lehre v. d. Formalcontracten u. d. querela non num. pec. S. 180 fg., insbesondere S. 259 fg. 279 fg. 321., welcher, um die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses auszuschließen, von Seiten des Ausstellers den Beweis erfordert, daß dasselbe schon vor der Zahlung in Erwartung derselben ausgestellt worden sei, und diese Anfechtung nur innerhalb der gesetzlichen Frist gestattet. Vgl. noch unten §. 281. und §. 267. A. 1. a. E. [und Bähr Urtheile d. Reichsger. Nr. VI. S. 27 fg.]

3 Die sonst allgemein angenommene Ausdehnung dieser Rechtsvorschrift auf Privatquittungen ist in neuerer Zeit bestritten. Sintenis §. 103. A. 93. Mit Recht macht man dagegen das argumentum a maiori ad minus geltend. Seuffert's Arch. I. 334. Uebrigens vgl. Gesterding im civ. Arch. IV. 3. [S. 9 fg.] Bülow Abh. II. 21. [S. 192 fg.]

4 Darüber Buchner und Hoffmann im prakt. Arch. I. 22. (Heft 3.) S. 111 fg. vgl. Windscheid §. 344. A. 5. Dagegen Vermehren in Linde's Ztschr. XI. 7. Sintenis II. §. 103. A. 91., welche Schulderlaß, Puchta §. 287. bei not. s. t. Unger II. §. 130. A. 23. u. a., welche vielmehr Zahlung vermuthen wollen. Vgl. Unger über den rev. sächs. Entw. I. S. 76. [Gruchot §. 12.] Seuffert's Arch. I. 202. V. 262. XIV. 18. XIX. 138. 223.

## §. 263.

Eine Leistung kann, wenngleich sie an sich nicht die Eigenschaften einer eigentlichen und wirksamen Erfüllung oder Zahlung hat, dennoch gleich dieser die Aufhebung der Obligatio wirken, wenn und soweit durch deren Erfolg in der That doch dem Gläubiger zugekommen ist, was ihm gebührt[a]. So z. B. wenn wegen mangelnder Veräußerungsbefugniß des Leistenden unmittelbar dem Gläubiger das Gegebene nicht sicher gewährt, durch andere Umstände aber dieser Mangel des Erfolgs für ihn beseitigt wurde[b]; sodann wenn dem Erblasser des Gläubigers geleistet worden ist[c], oder dem Gläubiger des Gläubigers, vorausgesetzt, daß dieses nicht dem rechtlichen Interesse des letzten zuwider geschehen[d], oder dem Geschäftsführer (negotiorum gestor) desselben[e], falls durch

a L. 61. D. h. t. 46. 3. b L. 19. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 14. §. 8. D. h. t. 46. 3. L. 17. eod. L. 60. eod. c L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 96. §. 4. D. h. t. d L. 6. D. de doli m. exc. 44. 4. e L. 34. §. 4. L. 58. pr. D. h. t. cf. L. 28. 34. §. 9. eod.

diesen die Leistung dem Gläubiger zu Gute kommt oder von diesem genehmigt wird.

Anm. [Vgl. überhaupt Gruchot §. 4., §. 7.] L. 61. D. h. t. In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Vgl. (zu not. b.) Carisien de numeratione eorum, qui nummorum dominio vel alienatione carent. Berol. 1869. L. 6. D. de doli exc. Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat. Verschiedene Meinungen darüber: Müller im civ. Arch. XV. 12. Busch das. XXXI. S. 12 fg. Vangerow III. §. 582. A. 1. Sintenis §. 103. A. 75. Windscheid §. 342. A. 42. [Brinz 2. Aufl. §. 290. A. 57.]

## B. Durch Compensation[1].

### §. 264.

Wenn der Schuldner zugleich gegen seinen Gläubiger eine Forderung gleichartigen Inhalts hat, so ist eine abgekürzte gänzliche oder theilweise Zahlung durch Aufrechnung beider Forderungen gegen einander möglich[a], Compensation[2]. Diese kann mit beiderseitiger Einwilligung[3] natürlich immer stattfinden[b]. Der Schuldner kann aber, vom Gläubiger belangt, auch wider dessen Willen seine Gegenforderung in Aufrechnung bringen[4], wenngleich dieselbe aus einem andern Rechtsverhältniß als die Forderung des Gläubigers (ex dispari causa[c]) entstanden ist[5], und selbst auf Rechtsansprüche, die mittelst dinglicher Klagen sich ergeben, soll dieses Anwendung finden[d]. Erforderlich aber ist dazu 1) das Dasein einer nicht durch Exceptio entkräfteten, wenigstens als naturalis obligatio[6] wirksamen Gegenforderung[e], welche 2) dem Belangten selbst[f], sei es auch durch Cession[g], oder auch, wenn er als Bürge belangt ist, dem Hauptschuldner[h], oder demjenigen, der als Mitschuldner jenem regreßpflichtig ist[i], gegen diesen Kläger oder auch, aus älterem Rechtsgrunde[k], gegen dessen Cedenten zusteht[7]; sodann 3) Gleichartigkeit des Gegenstandes[l] der Forderung und Gegenforderung[8] und 4) gleiche Fälligkeit der Gegenforderung[9] wie der Forderung[m]. Außerdem soll die Gegenforderung, wenn sie nicht aus demselben Rechtsverhältniß (ex eadem

[a] Dig. de compensationibus. 16. 2. Cod. 4. 31. [b] L. 4. D. qui pot. 20. 4. L. 76. D. de V. S. cf. L. 11. §. 2 (1). Cod. de rescind. vend. 4. 44. [c] Pauli sent. II. 5. §. 3. §. 30. J. de action. 4. 6. cf. L. 10. §. 2. 3. D. h. t. [d] L. 14. pr. Cod. h. t. §. 30. J. cit. [e] L. 6. 14. D. h. t. cf. L. 9. pr. eod. — L. 2. Cod. h. t. L. 8. D. eod. cf. L. 20. §. 2. D. de statulib. 40. 7. [f] L. 18. §. 1. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 16. pr. L. 23. D. h. t. [g] L. 18. pr. D. h. t. [h] L. 4. 5. D. h. t. [i] L. 10. D. de duob. reis. 45. 2. [k] §. 256. not. i. [l] arg. L. 1. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. L 22. D. h. t. [m] L. 7. pr. D. h. t. cf. L. 16. §. 1. eod. — L. 15. eod.

causa) herrührt, 5) auch liquide sein", d. h., die Verwirklichung der klargestellten Forderung des Klägers soll nicht gehemmt werden durch die Rücksicht auf eine vorgeschützte Gegenforderung, zu deren Feststellung noch eine weitaussehende Verhandlung erforderlich wäre[10].

Anm. [1] Ueber die ältere Literatur dieser Lehre s. Glück XV. S. 59 fg. Dazu: Hasse über die Compensation und ihre Liquidität, im civ. Arch. VII. 9. Bethmann-Hollweg Beitrag zur Lehre v. d. Compens. im Rh. Mus. I. S. 257 fg. Krug die Lehre v. d. Compens. 1833. Hartter das röm. deutsche Rt. der Compens. 1837. Tellkampf im civ. Arch. XXIII. 11. Krug das. XXV. S. 211 fg. Sintenis von der processualischen Natur der Compens., in Linde's Ztschr. XVIII. 1. Hartter das. XIX. 6. Brinz d. Lehre von der Compensation. 1849. [Pand. 2. Aufl. §. 287. 288.] Scheurl Beitr. I. Nr. 7. Dernburg d. Compensation nach R. R. mit Rücksicht auf die neuere Gesetzg. 1854. 2. Aufl. [Geschichte und Theorie der Comp. nach Röm. u. neuerem R.] 1868. Schwanert d. Comp. nach R. R. 1870. [Festschrift zu Huschke's Doctorjub.] (vrbr. Göppert in d. Ztschr. f. d. deutsche Gesetzg. VI. S. 412 fg.). Eisele die Compensation nach röm. u. gemeinem Recht. Berlin 1876. [Darüber Eck in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 20. Brinz in d. krit. Vjschr. XIX. S. 321 fg. Schey in d. Wiener Ztschr. VI. S. 748 fg.] — Vgl. Förster I. §. 94. („Gegenrechnung"). [Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 104..106.]

[2] L. 1. D. h. t. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. L. 76. D. de V. S. Dedisse intelligendus est etiam is, qui permutavit vel compensavit. Cf. L. 19. D. de lib. causa. 40. 12. [Eine Kritik der Legaldefinition in L. 1. cit. gibt Eisele a. a. O. S. 212 fg.; er selbst ist gegen die Bezeichnung der Comp. als einer „abgekürzten Zahlung" (S. 235 fg.) und definirt die „gerichtliche Compensation" (S. 389.) „als satisfactorische Aufhebung gleichartiger Gegenforderungen in Höhe der sich deckenden Beträge durch Erlaß beider, vollzogen durch Willensact einer Partei und des Richters"; die außergerichtliche Compensation „als satisfactorische Aufhebung von Gegenforderungen, die als gleichwerthig angenommen sind, durch gegenseitigen Erlaß, vollzogen durch Vertrag der beiden Forderungsinhaber." Beide sind auch in dieser Auffassung Rechtsgeschäfte. Eisele §. 18..20. Vgl. noch Ohnsorge dogm. Jahrb. XX. 7. S. 284 fg. und unten §. 265. A. 4.]

[3] [Ueber vertragsmäßige Compensation vgl. Eisele §. 19.; Römer Abhandlungen, Heft 1. Nr. 3. (1877.); Windscheid 5. Aufl. §. 351. Nr. 2.; über Geschäfte über Compensation d. h. Geschäfte, welche das Recht der Partei, mit einer geeigneten Forderung zu compensiren, modificiren: Eisele §. 32.]

[4] L. 2. D. h. t. (Julian.) Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. Cf. L. 12. Cod. h. t. Den Grund dafür gibt L. 3. eod. (Pompon.) an: Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, und L. 173. §. 3. D. de R. J. oder L. 8. pr. D. de doli exc. 44. 4. (Paul.): Dolo facit, qui petit quod redditurus est. Die letzte Stelle, glaubt Brinz S. 47., sei nicht auf das Verhältniß compensabler Gegenforderungen zu beziehen, sondern durch L. 8. §. 1. cit. zu erklären: Sic si heres damnatus sit *non petere a debitore*, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento. Aber dies ist keine passende Anwendung

[a] L. 14. §. 1. Cod. h. t. (Justinian.) §. 30. J. cit.

des Satzes in L. 8. pr. cit., da hier umgekehrt eine Verpflichtung zum Zurückgeben (condictio indebiti) nur daraus abzuleiten wäre, weil der Empfänger petendo dolo fecisset. Das *agere ex testamento* geht nicht auf Zurückgeben, sondern auf vollständige Befreiung durch Acceptilatio. L. 3. §. 3. L. 7. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. „*Petit quod redditurus est*" konnte Paulus allerdings „genau gesprochen", auch von demjenigen sagen, welcher dieselbe Quantität zurückzugeben schuldig ist, weil bei vertretbaren Sachen tantundem = idem ist. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 3. h. t. cit. Dernburg S. 198 fg. 361. Unhaltbar ist, was Ubbelohde über den Satz: „ipso iure compensatur", S. 223. gegen diese Bemerkung einwendet; denn, weil der Legatar condictione indebiti klagen könnte, wenn er ungeachtet der ihm zustehenden exceptio in factum perpetua ignorans gezahlt hätte (L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6.) konnte Paulus nicht sagen, derselbe könne (natürlich non ignorans) doli exceptio entgegensetzen, weil der Kläger petit quod *redditurus est.* [Eine neue Auslegung der L. 2. cit. bei Eisele S. 41 fg.; zu L. 3. cit. vgl. denselben S. 232 fg.]

5 In §. 39. J. de action. 4. 6. sind die Worte „habita ratione eius, quod invicem actorem *ex eadem causa* praestare oporteret, in reliquum . . . condemnat" nach Gai. IV. 61., wo nur von der Compensation in bonae fidei iudiciis die Rede ist, nachgeschrieben, während doch nach §. 30. J. eod. das „ex eadem causa" nicht wesentlich ist.

6 L. 6. D. h. t. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. In allen Fällen? Christiansen von der naturalis obl. S. 138. Sintenis §. 82. A. 19. §. 104. A. 26. 27. Dernburg S. 469 fg. Schwanert Naturalobl. S. 216 fg. vgl. S. 143. A. 36. Windscheid §. 288. A. 12. §. 289. A. 13. 21. 22. §. 350. A. 3. 4. [Dazu und überhaupt über das Erforderniß der Rechtsbeständigkeit der Gegenforderung vgl. Eisele §. 27.] Ueber L. 8. D. h. t. In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur: vgl. Sintenis §. 104. A. 28. Dernburg S. 535 fg. Schwanert a. a. O. S. 429 fg. Comp. S. 19 fg. [Eisele S. 8 fg. 332 fg. 368 fg. Ohnsorge a. a. O. S. 295 fg.]

7 *Ex persona tertii compensatio fieri nequit.* Sintenis §. 104. A. 7 fg. Dernburg S. 402 fg. [Eisele §. 24. 25.] Eine Beschränkung dieser Regel enthält auch noch L. 9. D. h. t. Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. §. 1. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur. Et magis est admittendum, quia unus contractus est; sed cum conditione, ut caveat, *patrem suum ratum habiturum,* id est, non exacturum, quod is compensaverit. [Dies ist aber nur auf Gegenforderungen ex eadem causa zu beziehen. Sintenis §. 104. A. 24. Dernburg S. 76. 374 fg. Schwanert Comp. S. 47. [Eisele S. 296 fg. 303 fg.] Ueber Compensation im Concurse vgl. Bayer Concursproc. §. 33. Sintenis A. 16..21. Dernburg §. 7. 51. Seuffert's Arch. II. 117. XI. 105. XIV. 220. XV. 119. [Und jetzt R.Conc.O. §. 46..49., durch welche „im Allgemeinen eine erhebliche Erweiterung der Compensationsbefugniß für den Concursgläubiger eingetreten" ist. Mandry Reichsges. S. 318 fg. 2. Aufl. S. 435 fg. Brinz 2. Aufl. §. 287. A. 41. Vgl. Schrutka die Comp. im Conc. nach österr. Rt. und mit Berücksichtigung concursrechtlicher Normen des deutschen Reichs. 1881. Drbr. Krasnopolski in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 349 fg.] — Besondere Bestimmung: L. 1. Cod. h. t. Et senatus censuit

et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum locum esse, si eadem statio quid debeat, quae petit. Hoc iuris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. [Eisele S. 294 fg.]

8 Paul. II. 5. §. 3. Compensatio debiti paris speciei et ex causa dispari admittitur: veluti si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum aut cetera huiusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes; si totum petas, plus petendo causa cadis. [Dazu auch Ubbelohde a. a. O. §. 24.] Gai. IV. 66 . . . in compensationem hoc solum vocatur, quod eiusdem generis et naturae est, veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino. [Vgl. Eisele S. 97 fg. 104 fg.] Im Justinianischen Recht wird dieses Erforderniß stillschweigend vorausgesetzt, z. B. in L. 4. Cod. h. t. „si constat, pecuniam invicem deberi“, als im Begriff selbst gegeben, L. 1. D. h. t. Eine Folgerung daraus enthält L. 22. D. h. t., wornach bei einer alternativen Forderung Compensation nur stattfindet, wenn der wahlberechtigte Gegner sich für den gleichartigen (compensablen) Gegenstand entschieden hat. Nicht widersprechend ist, daß nach not. d. auch bei dinglichen Klagen Compensation zulässig sein soll; denn auch diese können in ihrem Erfolg auf Geldzahlung gehen, ja geradezu darauf gerichtet sein, z. B. die Eigenthumsklage gegen den fingirten Besitzer (§. 167.), die Erbrechtsklage gegen den Schuldner der Erbschaft (L. 13. §. 15. D. de her. pet. 5. 3.) [Vgl. überhaupt über das Erforderniß der Gleichartigkeit Eisele §. 26.] — Verschieden von der Compensation ist die Retention, die wegen ungleichartiger (connexer) Gegenansprüche stattfinden kann (§. 102. a. E.); sie bewirkt nicht Tilgung der Forderung, sondern nur Aufschub ihrer Erfüllung, zur Sicherung des Gegenanspruchs. Nach Brinz Comp. S. 54 fg., S. 110 fg., S. 142 fg. zwar soll L. 14. Cod. h. t. unter dem Namen der Compensation allgemein das Recht eingeführt haben, jeder Klage jede Art von Gegenansprüchen, ohne Rücksicht auf par species und Connexität, vertheidigungsweise, doch ohne doli exceptio, entgegenzusetzen und so gleichzeitig deren Anerkennung und Durchsetzung herbeizuführen. Justinian hätte also ein eigenthümliches Gemisch von Compensation, Retention und Widerklage geschaffen, unter einem Ausdruck, der doch im Justinianischen Rechte selbst einen bestimmten Sinn hat? Eine Compensation im eigentlichen Sinn aber als Tilgungsart einander gegenüberstehender Forderungen kann nach der Natur der Sache doch nicht stattfinden, wo nicht Gleichartigkeit des Gegenstandes, sei es ursprünglich oder vermöge der Zurückführung auf den Geldeswerth, vorhanden ist; jene Erklärung der L. 14. cit. würde nur den neuen Satz ergeben, daß man durch jenen Gegenanspruch, soweit er nicht durch Compensation aufgehoben wird, auch ohne Widerklage, Verurtheilung des Klägers, wie in einem iudicium duplex, herbeiführen könne: processualisch ein bedenklicher Gewinn, civilrechtlich nur insofern bedeutend, als Jemand behaupten möchte, daß darnach sogar eine naturalis obligatio „vertheidigungsweise“ zur Verurtheilung des Klägers führen könne. Vgl. dagegen Savigny VI. §. 289. 290. Dernburg §. 40. 43.

[9 Darüber Eisele §. 28. Wächter II. §. 195. A. 13.]

10 *Liquidi cum illiquido nulla est compensatio.* — L. 14. §. 1. cit. . . . Judices . . . non procliviores in admittendas compensationes existant, . . . sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam pene expeditam sententia terminali componant. Dernburg §. 66. 67. [Eisele §. 14. 29.] — Viele nehmen, in Uebereinstimmung mit der seit langer Zeit vorherrschenden Praxis,

von dieser Vorschrift Umgang, wenn nur die illiquide Einrede der Compensation zu rechter Zeit, d. i. zugleich mit der Litiscontestation, vorgeschützt sei. Donell. ad L. 14. cit. [Comm. XVI. 15. §. 33 sqq.] Krug §. 89. Seuffert §. 287. not. 19. 20. u. a. Dernburg §. 68. Seuffert's Arch. I. 366. [Eisele S. 339 fg. 374.] Dagegen mit Hasse und Bethmann-Hollweg a. a. O., Puchta §. 289. not. h. Vangerow III. §. 618. A. 2. Sintenis §. 104. A. 42. u. a. [Brinz 2. Aufl. §. 287. A. 22.] Seuffert's Arch. V. 123. vgl. II. 163. VII. 108. VIII. 33. 122. IX. 145. 279. XIV. 21. 132. XV. 17. Hingegen wird jene Meinung wieder sogar als der eigentlichen Intention der L. 14. cit. entsprechend vertheidigt von Schwanert Comp. S. 30 fg. Nach Brinz Comp. S. 151 fg. soll sich diese Vorschrift gar nicht auf die Fälle der eigentlichen Compensation beziehen, sondern nur auf die übrigen Fälle seiner Compensatio im w. Sinn (A. 8. a. E.). Auf Compensationseinreden bei dinglichen Klagen und auf Fälle ursprünglicher Ungleichartigkeit beschränkt sie Scheurl S. 179. Gegen beide Dernburg S. 565. A. 3. Vangerow a. a. O. [Unzweifelhaft kann jetzt der Regel nach im Stadium des Executionsverfahrens Compensation nicht begehrt werden. R.C.Proc.O. §. 686.]

## §. 265.

Das gleichzeitige Bestehen gleichartiger Forderung und Gegenforderung hebt an sich keine von beiden auf. Von dem Gläubiger, der zugleich Schuldner seines Schuldners ist, hängt es ab[1], ob er seine Forderung ganz oder mit Abzug der Gegenforderung des Schuldners einklagen will[a]; ebenso hängt es von dem Schuldner, der zugleich Gläubiger seines Gläubigers ist, ab, ob er, von dem letzten auf den ganzen Betrag seiner Schuld belangt, seine Gegenforderung durch Aufrechnung geltend machen[2], oder, sofern sie klagbar ist, der Verfolgung durch besondere Klage vorbehalten will[b]; daher denn auch der Belangte von mehreren Gegenforderungen nach seiner Wahl[3] die eine oder andere oder mehrere[c], die Gegenforderung seines Mitschuldners aber nicht ohne des letzten Zustimmung in Aufrechnung bringen kann[d]. Ergreift aber der belangte Schuldner die Compensation, so ist die Sache so zu betrachten, als sei der Kläger durch die compensable Gegenforderung bereits befriedigt, soweit diese reicht[e]; der Richter[4] muß ihn freisprechen, wenn diese ebensoviel oder mehr beträgt, als des Klägers Forderung, er muß ihn zu minderem Betrag verurtheilen, wenn sie weniger als diese beträgt[f]. Diese Wirkung gänzlicher oder theilweiser Tilgung der einen Forderung durch die andere wird sogar zurückbezogen auf den Zeitpunkt, da zuerst beide als compensable Forderungen einander gegenüberstanden[5]; von diesem Zeitpunkt an ist das Recht der Compensation, also die daraus

[a] L. 21. D. h. t. [b] L. 2. D. h. t. (§. 264. A. 4.) L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. [c] L. 5. D. h. t. cf. L. 13. eod. [d] §. 264. not. i. [e] L. 4. Cod. h. t. L. 4. D. eod. [f] L. 30. 39. J. de action. 4. 6. cf. L. 2. Cod. de plus petit. 3. 10. Paul. l. c. in fine.

hervorgehende, den Gegenanspruch tilgende oder mindernde Einrede begründet[g], so daß von da an auch die Zinsverbindlichkeit, die einer Forderung anhaftet, nur mehr rücksichtlich des Mehrbetrags derselben fortwirkt[h], und auch ein Verzug mit seinen Nachtheilen nur mehr insofern stattfinden kann[i][6]. Da, soweit die Compensation geltend gemacht worden, der Gläubiger, gleichwie durch Zahlung[k], als befriedigt anzusehen ist, so sind nun auch die Mitschuldner des Compensirenden befreit[7].

Hat der Schuldner aus Irrthum von dem Recht der Aufrechnung keinen Gebrauch gemacht, so kann er das zuviel Gezahlte zurückfordern[l] durch indebiti condictio[8]. Ist die Compensation durch Urtheil, ausdrücklich oder stillschweigend, abgewiesen, so kommt es darauf an, ob dieses geschehen ist, weil die Gegenforderung nicht für gegründet oder weil sie nicht zur Aufrechnung geeignet erkannt wurde; im ersten Fall ist die anderweitige Geltendmachung durch Rechtskraft ausgeschlossen, im andern Falle noch möglich[m]. Wurde die Gegenforderung als illiquid zu besonderem Verfahren verwiesen, so kann die Wirkung der Compensation in diesem noch ausgeführt werden[9].

[Anm. 1 Vgl. Eisele §. 31.]

2 Ueber die Art und Weise der Geltendmachung: §. 30. J. de action. In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, condemnari debeat (cf. Gai. IV. 61..63.). Sed et in strictis iudiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur (cf. Theophil. ad h. l.). Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive personales, sive alias quascunque, excepta sola depositi actione etc. cf. L. 14. pr. Cod. h. t. Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. — Verschiedene Meinungen über Bedeutung und Wirksamkeit jener doli exceptio: Sintenis in Linde's Ztschr. XVIII. S. 7 fg. und Vangerow §. 618. A. 1., dagegen Brinz S. 45 fg., gegen diesen aber Dernburg S. 186 fg. Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur. Göttingen 1858. §. 10. 12..14. 20. [und gegen die beiden Letzten Eisele §. 7..9.] — Besondere Form des älteren Rechts für den Argentarius: Gai. IV. §. 64. Nam is cogitur cum compensatione agere et ea compensatio verbis formulae exprimitur; adeo quidem, ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere, ... z. B. *Si paret Titium sibi decem milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet:* wovon Brinz S. 84 fg. nachzuweisen versucht, daß sie seit Marcus auch auf andere Fälle angewendet worden sei und den Uebergang zum neuern Recht gebildet habe, während Scheurl

g L. 66. D. de R. J. L. 20. §. 3. D. de lib. causa. 40. 12. h L. 4. 5. Cod. h. t. L. 11. 12. D. h. t. i arg. L. 40. D. de reb. cred. 12. 1. k L. 4. Cod. l. c. l L. 10. §. 1. D. h. t. cf. L. 30. D. de cond. indeb. 12. 6. m L. 7. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. act. 27. 4. L. 7 (8). §. 2. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 30. cit.

a. a. O. [S. 161 fg.] annimmt, daß dieses agere cum compensatione oder nach Umständen cum deductione („id est, ut in hoc solum adversarius ... condemnetur quod superest“, Gai. IV. 65.) eben durch Marcus verallgemeinert worden sei. Vgl. L. 21. D. h. t. (Paul.). Posteaquam placuit inter omnes id, quod invicem debetur, ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur. Dagegen Dernburg S. 329 fg. Anders Ubbelohde a. a. O. §. 22..25. vgl. §. 13. S. 147 fg. [Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 8. S. 112 fg. — Vgl. über die Geschichte der Compensation überhaupt jetzt vorzüglich die lehrreiche Untersuchung von Eisele S. 3..207., der vorausging ein Aufsatz v. dems. in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. X. S. 465 fg.] — Ueber die Bedeutung des *ipso iure compensari* (ob es heiße: von selbst? und in welchem Sinne? ob *non ope exceptionis?* oder: „nach festem Recht, nicht bloß nach richterlichem Arbitrium?“) vgl. die verschiedenen Meinungen bei Vangerow III. §. 618. A. 1. Nr. III. Brinz in Bekker's Jahrb. I. 2. [Pand. 2. Aufl. §. 287 a. A.] gibt seine frühere Ansicht, das *ipso iure* bilde den Gegensatz von *ope exceptionis* in formell processualischem Sinne auf, und faßt das *ipso iure compensari* nun so auf, daß die Gegenforderungen von der Zeit ihrer Coexistenz an von selbst einander aufwiegen, nicht aber tilgen; Ubbelohde aber S. 180 fg. hält jenen Standpunkt fest, und sucht nachzuweisen, wie es auch nach dem späteren römischen Proceß noch von praktischer Bedeutung gewesen sei, daß bloß per exceptionem wirkende Vertheidigungsgründe in ipso iure wirkende verwandelt wurden. Was der Letzte S. 3. nachdrücklich hervorhebt, daß seiner Untersuchung eine praktische Bedeutung kaum beigelegt werden dürfe, gilt wohl auch von der des Ersten; diese gibt nur zur Beruhigung logischer Scrupel eine neue Formel des Ausdrucks für die bisher herrschende Ansicht, daß die Coexistenz der Forderungen sofort ein Recht gebe, die eine wie die andere als von da an durch Aufrechnung (Aufwiegen) getilgte zu behandeln. Dagegen vertheidigt auch Schwanert wieder a. a. O. S. 46 fg., obwohl zugebend, daß in einigen Stellen (L. 4. 21. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. cf. Paul. sentt. II. 5. §. 3.) das *ipso iure* im Sinne des „von selbst“ genommen sei (S. 36 fg.), die Erklärung desselben als Gegensatz von *ope exceptionis*, und sucht nachzuweisen, daß dies nicht nur im Justinianischen Proceß, sondern auch nach heutigem Recht nicht ohne praktische Bedeutung sei, indem er die sog. Compensationseinrede als ein Angebot zur (vertragsmäßigen) Aufrechnung auffaßt, das im Fall der Ablehnung zu richterlicher Aufrechnung führen könne. — Vgl. noch Eisele im civ. Arch. LV. 10., der das *ipso iure* durchaus für Justinianisch hält. [Lenel Ursprung und Wirkung der Except. Beilage, und jetzt Eisele Compens. §. 12. 13. 15. wonach das *ipso iure* processualische Bedeutung, und zwar die habe, daß die betreffende Thatsache nicht schon in iure allegirt zu werden brauche. Dagegen Brinz Pand. 2. Aufl. §. 287. A. 1. 2. Windscheid 5. Aufl. §. 348. A. 3. §. 349. A. 10. — Leonhard Irrthum S. 308 fg. Note 2. — Die Compensationseinrede eine unentwickelte Widerklage? Schollmeyer d. Comp.-Einrede im deutschen R.C.Pr. 1884.]

[3] Fuhr im Arch. f. prakt. Rtsw. I. 16. [Heft 2. S. 141..155.] Dernburg §. 65. Windscheid §. 349. Nr. 6. Schwanert a. a. O. S. 22 fg. 72 fg. [Eisele S. 226 fg. 365 fg. Vgl. aber über das anders gestaltete Recht des Contocorrentverkehrs Grünhut in seiner (Wiener) Zeitschr. III. 9. bes. S. 503 fg.]

[4] [Vgl. die „Analyse des der Compensation stattgebenden Erkenntnisses“ bei Eisele §. 33. Dagegen aber Windscheid 5. Aufl. §. 349. A. 14. Ohnsorge a. a. O. S. 288 fg. will die Wirkung der Compensation nicht an die Zulassung durch den

Richter, sondern an die einseitige, selbst außergerichtliche Compensationserklärung des Betheiligten knüpfen.]

[5] L. 4. Cod. h. t. (Alexander). Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet, ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit. L. 11. D. h. t. (Ulpian.). Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. L. 12. eod. Idem iuris est non solum in privatis, verum etiam in causa fisci constitutum. Sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilominus locum habet eius, quod invicem debetur. — In L. 4. cit. emendirt Brinz d. Comp. S. 22. 23. *compensatione eam* statt *compensationem*, und verbindet *ipso iure* als Gegensatz von *ope exceptionis* unmittelbar mit *pro soluto* „als hieße es *pro ipso iure soluto*". Das letzte würde als Gegensatz ein undenkbares ope exceptionis solutum voraussetzen; das erste wäre grammatisch nur zulässig, wenn es *pro soluta* hieße. Vgl. Dernburg 1. Aufl. S. 306. 321 fg. 2. Aufl. S. 336 fg. 362. 587. Ubbelohde a. a. O. §. 22. Doch beharrt dabei Brinz Jahrb. a. a. O. S. 28. 38. [Vgl. noch Eisele S. 151 fg., der in der „Reinigung" der L. 4. cit. noch viel weiter geht, als Brinz.] — Der Ansicht, daß hier nur von einer auf besonderer gesetzlicher Bestimmung beruhenden Wirkung die Rede sei (Brinz Comp. S. 19 fg. S. 158. [Eisele §. 23.]), steht L. 4. cit. entgegen, welche das Princip voranstellt und daraus die Beschränkung der Zinsverbindlichkeit ableitet; vgl. auch L. 5. Cod. h. t. Aequitas compensationis usurarum excludit computationem. Vgl. Fuhr a. a. O. S. 135 fg. Dernburg a. a. O., auch Brinz Pand. 1. Aufl. S. 643. Dagegen jedoch wieder Schwanert a. a. O. S. 4 fg. 45. 63.

[6] [Dagegen Eisele §. 22.; vgl. aber Windscheid 5. Aufl. §. 349. A. 6..9. Einfluß des Wegfallens der Gegenforderung für die Vergangenheit: Windscheid §. 350. A. 2. (5. Aufl.)].

[7] Das Recht zur Compensation (not. d.) und die Wirkung der geschehenen Compensation sind dabei wohl zu unterscheiden. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 161 fg. [Geltendmachung der letzteren durch exceptio rei iudicatae? Eisele §. 34.]

[[8] Ueber diese condictio vgl. Eisele §. 21. und gegen ihn Windscheid 5. Aufl. §. 349. A. 5.]

[9] Hasse a. a. O. Dernburg §. 67. 69. [Eisele §. 33.]

## §. 266.

Nach besonderer Bestimmung ist das Compensationsrecht, wenn auch die allgemeinen Voraussetzungen desselben gegeben sind, ausgeschlossen: 1) gegen Forderungen aus einem Depositum[a], 2) gegen die Klage wegen unrechtlicher Occupation einer Sache[b], 3) gegen Forderungen des Fiscus oder einer Stadtgemeinde wegen öffentlicher Abgaben und Leistungen[c], 4) gegen die Forderung des Fiscus auf den Kaufpreis verkaufter Sachen[d],

[a] L. 14. §. 1. i. f. Cod. h. t. L. 11. pr. Cod. depos. 4. 34. §. 30. in f. J. de action. 4. 6.
[b] L. 14. §. 2. Cod. h. t. [c] L. 46. §. 5. D. de iure fisci. 49. 14. L. 3. Cod. h. t. [d] L. 46. §. 5. cit. L. 7. Cod. h. t.

und 5) gegen Forderungen einer Stadtgemeinde aus Darlehen und Vermächtnissen, oder auf Leistungen zu voraus bestimmten öffentlichen Zwecken[e]. Außerdem ist gegen den Fiscus die Compensation allgemein dadurch beschränkt, daß die Gegenforderung binnen zwei Monaten bewiesen sein soll[f].

Anm. In Beziehung auf die unter 3..5 genannten Forderungen werden Fiscus und Stadtgemeinden gewöhnlich durchweg gleichgestellt, gegen den wörtlichen Inhalt der Gesetze. Sintenis §. 104. A. 45..51. Ueber die Ausnahmen überhaupt, insbesondere auch über den Verzicht auf das Compensationsrecht: Dernburg §. 59..61. [Eisele §. 30. Ueber das in der R.Gewerb-O. §. 137. bez. Nov. v. 17. Juli 1878. §. 116. enthaltene Verbot s. Mandry Reichsges. S. 315. (2. Aufl. S. 428.)]

## C. Durch Vertrag.

### §. 267.

### 1) Schlechthin befreiender Vertrag.

Eine jede Obligatio kann durch Uebereinkunft des Gläubigers und des Schuldners aufgehoben werden (liberatorischer Vertrag). Besteht ein Schuldverhältniß, auch ein gegenseitiges, noch lediglich so, wie es durch Vertrag begründet worden, so kann es bloß durch entgegengesetzten Vertrag (*mutuus dissensus* oder contrarius consensus) vollkommen wieder aufgehoben und rückgängig gemacht werden, während, wenn von der einen oder andern Seite schon etwas geleistet worden, zwar auch dann dasselbe Ziel durch Vertrag erreicht werden kann, aber nicht durch bloß aufhebenden, sondern zugleich zur Wiedererstattung des Empfangenen verpflichtenden Vertrag, und, wie sich von selbst versteht, überall nur ohne Beeinträchtigung der bereits dritten Personen erworbenen Rechte. Außerdem aber kann auch jede Forderung, sie mag durch Vertrag, einseitigen oder zweiseitigen, oder aus irgend einem andern Grunde entstanden sein, durch Vertrag (Nachlaßvertrag) von Seiten des Gläubigers erlassen und so dem Schuldner Befreiung von seiner Schuldverbindlichkeit gewährt werden. Ob ein solcher Vertrag die Obligatio gänzlich, gleichwie durch Zahlung, also auch für Mitschuldner und Mitgläubiger tilge, oder nur für den vertragschließenden Schuldner und im Verhältniß zu dem vertragschließenden Gläubiger Befreiung wirke, das hängt von dem besondern Sinn und Inhalt des Vertrages ab. Ist aber auch im einzelnen Fall die letzte geringere Wirkung anzunehmen, so ist doch dieser, wenn nicht die Beschränkung bloß auf die Person des Vertragschließenden beabsichtigt war, die Ausdehnung zu geben, daß auch diejenigen bei dem Schuldverhältniß mitbetheiligten Personen kraft des Vertrages gegen

[e] L. 3. cit. [f] L. 46 §. 4. D. l. c. cf. L. 45. §. 10. D. eod.

die Forderung geschützt sind, gegen welche die Klage gleichfalls auszuschließen, damit nicht mittelbar die ihm gewährte Schuldbefreiung vereitelt werde, der Vertragschließende ein rechtliches Interesse hat[1].

Uebrigens erfordert der Erlaß einer Schuld keine besondere Form, kann daher auch stillschweigend geschehen[2], und ebenso, wie nach §. 233. eine Forderung, aus verschiedenen Gründen gewährt werden[3]. Auch kann eine Schuld theilweise erlassen werden. Ein theilweiser Nachlaß aber kann kraft besonderer Rechtsvorschrift in gewissen Fällen einem Schuldner bezüglich aller seiner Schulden nach Beschluß der Mehrheit der Gläubiger auch gegen den Willen der übrigen gewährt werden[4].

Anm. [1] Wegen der hier wesentlich eingreifenden Verschiedenheit der römischen und der heutigen Theorie der Verträge (§. 232.) ist diese Lehre sehr streitig. Vgl. im Allgemeinen über die rechts- und dogmengeschichtliche Seite: Völdernndorff-Warabein zur Lehre vom Erlaß, München 1850.; dazu Scheurl Beitr. II. 14. („Erlaßvertrag"). Insbesondere aber ist zu bemerken:

a) Allgemeiner Grundsatz des R. R. ist nach L. 100. D. de R. J.: Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt. L. 35. eod. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. L. 80. D. de solut. 46. 3. Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti quum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat; et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debe(a)t, verbis, veluti, quum acceptum promissori fit, re, veluti quum solvit, quod promisit. Aeque quum emtio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest. [Leist über d. Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte. 1876. (drbr. Baron in d. krit. Vjschr. XIX. S. 309 fg.) Vgl. auch Erman z. Geschichte d. röm. Quittungen und Solutionsacte. 1883. S. 23 fg.] Hiernach wird

*α*) der Consensualcontract, re nondum secuta oder re integra, vollständig (ipso iure) aufgehoben durch contrarius consensus (*mutuus dissensus*) der Contrahenten. §. 4. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. L. 58. cf. L. 7. §. 6. D. de pact. 2. 14. L. 2. 3. 5. §. 1. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 95. §. 12. D. de solut. 46. 3. cf. L. 2. Cod. quando liceat ab emt. disced. 4. 45. cf. L. 5. pr. D. de rescind. vend. L. ult. D. de acceptil. 46. 4. [Brinz 2. Aufl. §. 291. S. 459 fg. Bechmann Kauf II. S. 469 fg.]

*β*) die verborum obligatio wird ipso iure aufgehoben durch *acceptilatio*, d. i. aliis, sc. contrariis, verbis, „*quod ego tibi promisi habesne acceptum? acceptum habeo*" oder „*accepta facis decem? facio*". Gai. III. 169. §. 1. J. 3. 29. Dig. de acceptilatione. 46. 4. Cod. 8. 43 (44). Diese wirkt exemplo solutionis, veluti imaginaria solutio, und hebt die Obligatio für alle Correal-Gläubiger oder Schuldner auf. L. 13. § 12. L. 16. D. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Ueber die Natur dieses formellen Tilgungsactes vgl. Kuntze d. Obl. S. 178 fg. Fitting Correalobl. §. 8. Windscheid in krit. Vjschr. III. S. 170 fg. Samhaber

Correalobl. S. 92 fg. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 309 fg. Römer die bedingte Novation S. 246. „Die acceptilatio ist der Vertrag des Inhalts, die Schuld solle getilgt sein, wie durch Zahlung." Verwandt waren im älteren Recht die liberatio per aes et libram, Gai. III. 173. 174., und die acceptilatio als Empfangseintrag bei der litterarum obligatio (§. 232. A. 4.). Ohne Grund bestreitet Baron die Bezeichnung der acceptilatio als Erlaß, als ob dieses mit ihrer Natur als Formalact im Widerspruch stände; ohne Grund auch beanstandet Samhaber deren Subsumtion unter den Begriff „Erlaßvertrag", er möchte denn auch „Schuldvertrag, Pfandvertrag" u. dgl. mißbilligen. Uebrigens konnte eine Acceptilatio, wo sie als solche nicht galt, doch immerhin als Ausdruck des contrarius consensus (nach $a$) oder als pactum de non petendo (nach b) wirksam sein. L. 5. pr. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. L. 19. pr. L. 23. D. h. t. 46. 4. Tiktin de nat. bilat. obl. pag. 122 sq.

b) Das R. R. hat zudem ein auf alle Forderungen anwendbares formloses *pactum de non petendo*, einen Vertrag, wodurch der Berechtigte verspricht, seinen Anspruch nicht geltend zu machen, wohin jeder irgendwie erklärte und andererseits acceptirte Verzicht auf die Forderung gehört. Dig. de pactis. 2. 14. Cod. 2. 3. Vgl. A. a. $\beta$. a. E. Ein solches Pactum hebt zwar die Obligatio (ausgenommen gewisse Delictsobligationen, L. 17. §. 1. L. 27. §. 2. D. h. t.) nicht ipso iure auf; es begründet nur eine exceptio pacti conventi, welche dem einen Paciscenten, und, wenn das pactum in rem, nicht bloß in personam, abgeschlossen ist (§. 102.), seinem Interesse gemäß auch anderen Betheiligten, namentlich dem correus debendi socius, nicht dem correus non socius, zusteht, gegen die Klage des andern Paciscenten, nicht auch seiner Mitgläubiger; L. 7. §. 4. 7. et sqq. L. 10. §. 2... L. 16. pr. L. 21. §. 2... L. 27. pr. D. l. c. L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. L. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45. 2.; soweit es aber definitiv befreiend wirkt, enthält es auch nach L. 55. D. de V. S. einen wahren Erlaß der Schuldverbindlichkeit, remissio debiti, L. 7. §. 10. D. h. t. L. 15. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. („pacto debitum remissum") L. 5. Cod. de remiss. pign. 8. 25 (26). (debitum . . per pacti conventionem . . remisisti, wie Gai. III. 169. von „remittere" durch Acceptilation spricht), cf. L. 7. eod. L. 34 (33). Cod. de transact. 2. 4. Der Unterschied ist nur der, daß in dem einen Falle die Obligatio ope exceptionis kraftlos, in dem andern Falle durch die vollgültige Acceptilatio ipso iure getilgt wird. Mit Unrecht wird dem pactum de n. p. der Charakter eines Erlaßvertrages nach Bölderndorff a. a. O. bestritten von Rudorff zu Puchta §. 297. not. a. (welcher unhistorisch behauptet, es sei „überall keine Aufhebungsart einer Obligatio, sondern eine processualische Handlung, ein Sühnevertrag über einen Rechtsfriedensbruch oder Rechtsstreit" [vgl. jetzt Voigt die XII Tafeln I. S. 556 fg.]), und in andrer (minder greller) Weise von Scheurl a. a. O. Vgl. dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau II. S. 154 (civ. Schr. I. S. 9) fg. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 639 fg. [2. Aufl. §. 291. A. 11. 12.] Römer a. a. O. S. 253. Was Rudorff in der 9. u. 10. Aufl. entgegnet, wäre nur treffend, wenn behauptet würde, daß jedes pactum de non petendo Aufhebung einer Obligatio bewirke, oder wenn man von Aufhebung der Obligatio ope exceptionis zu reden (Puchta §. 286.) überhaupt verwerflich fände. Jedenfalls aber ist es ein historischer und systematischer Mißgriff, das p. d. n. p. des classischen und justinianischen Rechts als eine processualische Handlung, als „Sühnevertrag" aufzufassen, und jedenfalls ist es nicht unrichtig, „remissio debiti" durch „Schulderlaß" zu übersetzen, und so auch von Schulderlaß durch Vertrag zu reden.

c) Nach R. R. kann aber jede Obligatio durch Novation (§. 268.) in eine verborum obligatio umgewandelt und als solche sofort durch acceptilatio vollkommen aufgehoben werden; es war sogar eine eigene Formel dafür aufgestellt, um auf diese Weise auf einmal alle möglichen Rechtsansprüche des einen gegen den andern in einer verborum obligatio zusammenzufassen (*Aquiliana stipulatio*) und durch sofort sich anschließende Acceptilatio zu vernichten. §. 1. 2. J. l. c. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 2. 4. 5. D. de transact. 2. 15.

d) Im heutigen Recht ist mit der Stipulation auch die Acceptilatio verschwunden. Daher nun die entgegenstehenden Ansichten: *α*) der Nachlaßvertrag des heutigen Rechts wirke regelmäßig ipso iure, gleich der Acceptilatio, z. B. Göschen §. 448. vgl. Unterholzner I. §. 226. 227., *β*) er wirke immer nur wie das pactum de non petendo nach R. R. unter b., z. B. Büchel Erörtr. II. 1. S. 45 fg. Vangerow III. §. 573. A. 5. g. E. §. 621. A. 1. Das Richtige ist: Die Regel unter a. findet nun auf alle Vertragsobligationen Anwendung, und so kann denn consequent, da die Novation jetzt ebenfalls durch einfachen Vertrag geschieht, auch der Erfolg unter c. durch bloßen Vertrag erzielt werden; es fragt sich nur, ob der Wille darauf oder auf die beschränktere Wirkung unter b. gerichtet ist, wobei keineswegs vorausgesetzt wird, daß die Parteien ein Bewußtsein jenes theoretischen Unterschiedes haben. So läßt sich theoretisch die Annahme der Möglichkeit eines die Obligatio schlechthin vernichtenden Vertrages begründen, ohne welche im heutigen Recht eine Lücke wäre und z. B. auch durch Vergleich eine Obligatio nicht absolut zerstört werden könnte, da dieser nach R. R. ohne hinzutretende Acceptilatio auch nur per exceptionem wirkte (§. 269.). Vgl. auch Fritz Erläutr. Heft III. S. 420 fg. Im Resultat stimmt hiermit auch überein Savigny Obl. I. S. 178. („Da nun für uns die Acceptilation nicht vorhanden ist, so bleibt bloß das Recht des formlosen Erlaßvertrags übrig, nur mit dem natürlichen Vorbehalt, nach Umständen dasjenige durch besondere Bestimmungen des Vertrags im einzelnen Fall zu bewirken, welches bei den Römern durch die gangbare Form der Acceptilation leichter und sicherer bewirkt werden konnte") und Scheurl a. a. O. [S. 24 fg.] desgl. Baron a. a. O. S. 385. Vgl. auch Bähr d. Anerkennung S. 164. [2. Aufl. S. 178.] und Unger Syst. II. §. 96. A. 17. 18., welcher dabei mit Recht (gegen die ersten Aufl. dieses Lehrb.) bemerkt, daß im Zweifel wohl eher die stärkere Wirkung anzunehmen sei, arg. L. 47. D. de O. et A. 44. 7. So auch Windscheid §. 357. A. 7..9., welcher jedoch obige theoretische Begründung als eine künstliche dem Willen der Parteien Zwang anthuende (wie so? das sehe ich nicht ein) Rechtfertigung tadelt. Willkürlich ist die Annahme, daß es zur Erklärung der Absicht vollkommener Tilgung jetzt der Ausstellung einer schriftlichen Quittung bedürfe (v. d. Pfordten Abh. S. 300. Brinz S. 638.); richtig ist nur, daß der in Form einer Quittungsleistung abgeschlossene Erlaßvertrag die Kraft vollkommener Tilgung der Obligatio habe, weil sich darin dieser Wille unzweifelhaft ausspricht. Daß nämlich der Ausstellung einer Quittung ein solcher Nachlaßvertrag [„Schuldtilgungsvertrag" im Gegensatz zum bloßen Nachlaßvertrag: Wächter II. S. 430.] zum Grund liegen könne, ist nicht zu verkennen. L. 21. Cod. de solut. 8. 42 (43). cf. L. 13. ibid. L. 19. §. 1. D. de accept. 46. 4. L. 40. pr. D. de pact. 2. 14. Ungegründet aber ist es, wenn man in neuester Zeit die Quittung überhaupt zu einem liberatorischen Formalvertrag, gleich der römischen Acceptilatio, hat machen wollen. Bähr die Anerkennung S. 232 [255] fg. [vgl. auch dessen Urtheile des Reichsgerichts Nr. VI. S. 27 fg.] Brinz Pand. a. a. O. [2. Aufl. §. 291. a. A.] Dagegen Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 245 (civ. Schr. I.

S. 381) fg. Schlesinger z. Lehre v. d. Formalcontracten S. 149 fg. 293 fg. Vgl. übrigens Lang Krit. d. bayer. Entw. II. S. 123 fg. Arndts in d. Vjschr. V. S. 327 (civ. Schr. III. S. 522) fg. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 266 fg. Schultze Privatr. und Proceß I. S. 379 fg. und Note 2.]

[2] Vgl. oben §. 262. A. 4. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. Insbesondere über stillschweigenden Erlaß durch Nichteinrechnung einer Forderung bei einer Abrechnung: Bähr Anerkennung S. 223 fg. (2. Aufl. S. 242 fg.) und in d. dogm. Jahrb. II. S. 406 fg. Regelsberger im civ. Arch. XLVII. S. 175. Seuffert's Arch. IV. 220. IX. 57. XIV. 221. XV. 194.

[3] So z. B. donationis vel transactionis causa remittere obligationem in L. 34 (33). Cod. de transact. 2. 4.; so acceptilatio donationis causa L. 17. D. de donat. 39. 5. L. 5. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1., donationis mortis causa L. 24. 35. §. 6. D. de m. c. donat. 39. 6., dotis constituendae causa L. 41. §. 2. L. 43. D. de iure dot. 23. 3. L. 10. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4., gegen eine Gegenleistung L. 9. D. de praescript. verb. 19. 5., solvendi (legati) causa L. 3. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3.; so ferner auch pactum de non petendo donationis causa L. 1. D. de transact. 2. 15., dotis causa L. 12. §. 2. D. de iure dot. 23. 3., solvendi causa L. 3. §. 3. cit. Demnach ist es durchaus grundlos, wenn man, wie neuerdings Baron S. 309 fg., dem pactum de non pet. die Acceptilatio als Formalact in dem Sinne gegenüberstellt, daß bei dieser auf die Causa nichts ankomme, von der Causa abstrahirt werde; in diesem Sinne ist das erste eben so gut ein formeller Vertrag, und wegen eines Mangels in Ansehung der Causa, wie die Acceptilation, in der Regel nur anfechtbar, nicht nichtig, nur mit dem Unterschied, daß gegenüber dem pactum eine Replicatio ausreicht, die Wirkung der acceptilatio durch eine condictio liberationis rückgängig zu machen ist. Zwar versteht Baron S. 385. (nicht auch, wie dieser angibt, Savigny Obl. I. S. 171.) unter Erlaß nur den Nachlaß einer Forderung donandi causa, „da, wenn solvendi oder credendi causa der Grund des Erlasses ist, bald eine datio in solutum, bald ein Innominatcontract vorliegt." Aber dies konnte ja bei der Acceptilatio eben so gut der Fall sein, und auf L. 1. D. de transact. („qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit") darf man sich nicht berufen, weil das Comma hinter „donationis causa" gehört; erzeugt doch auch die transactio eine exceptio *pacti*. L. 17. 24. 28. Cod. de transact. 2. 4. [Die Compensation ein gegenseitiger Erlaßvertrag? Eisele Comp. §. 19. S. 236 fg. und oben §. 264. A. 2.]

[4] Nach R. R. findet dies nur in einem Falle statt, um nämlich den berufenen Erben zur Antretung der verschuldeten Erbschaft zu bestimmen. L. 7. §. 17.. L. 10. D. de pactis. 2. 14. cf. L. 54. §. 1. D. de manumiss. test. 40. 4. L. 58. §. 1. D. mand. 17. 1. Nach heutigem Recht läßt man es überhaupt im Fall der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners zu. Bayer Concursproc. §. 39. Die Mehrheit bestimmt sich, wie im Falle des §. 223. Ist die Summe der Forderungen und Zahl der Gläubiger auf beiden Seiten gleich, so soll der Richter entscheiden, während, wenn es sich bloß um Stundung handelt, in solchem Fall dem mildern Beschluß schlechthin der Vorzug gegeben wird. Uebrigens vgl. Bayer a. a. O. Seuffert's Arch. I. 150. V. 264. 265. 303. XI. 320. (dagegen X. 249.), Windscheid §. 358. — In Beziehung auf diejenigen Gläubiger, welche dem Nachlaß zugestimmt haben, wirkt dieser wie ein freiwilliges pactum d. n. p.; was die übrigen betrifft, so wird nur ihre Forderung gegen den zahlungsunfähigen Schuldner ohne ihren Willen auf den Theilbetrag beschränkt.

L. 58. §. 1. cit. [Die R. Conc.O. hat das Institut des „Zwangsvergleichs" (§. 160 fg. vgl. §. 196 a. E. 200. 206.) neu und eingehend geregelt. Ein solcher kann zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechteten Concursgläubigern — wo er nicht überhaupt unzulässig ist, §. 162. — geschlossen werden, doch ist zu seiner Annahme „erforderlich, daß 1) die Mehrzahl der in dem Termine anwesenden stimmberechtigten Gläubiger dem Vergleiche ausdrücklich zugestimmt, und 2) die Gesammtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt." „Der angenommene Zwangsausgleich bedarf der Bestätigung des Concursgerichts." Näheres: Fuchs der deutsche Concursproceß. S. 142 fg.]

## 2) Bedingt befreiende Verträge.

## §. 268.

### a) Novation[a].

Novation, Schuldneuerung[1], ist ein Rechtsgeschäft, wodurch zugleich eine bestehende, klagbare oder nicht klagbare, Schuldverbindlichkeit aufgehoben und an deren Stelle eine neue gesetzt wird[b], welche den Inhalt der ersten aufzehrt[2], indem sie entweder dieselbe nach jener schon geschuldete Leistung oder etwas anderes anstatt derselben zum Inhalt hat[c]. Die Novation geschieht nach römischem Recht durch Stipulation[3], nach heutigem Recht[4] durch einfachen Vertrag derjenigen Personen, unter welchen die neue Obligatio bestehen soll[d], unter Mitwirkung oder Zustimmung desjenigen, welcher über die bisherige Forderung als Gläubiger[e] oder dessen Stellvertreter[f] zu verfügen berechtigt ist, wozu die Befugniß, anstatt des Gläubigers die Zahlung in Empfang zu nehmen, allein nicht genügt[g]. Erforderlich aber ist die deutlich, wenn auch nicht ausdrücklich, erklärte Absicht, eine Novation vorzunehmen (animus novandi[h]), also die bisherige Obligatio aufzuheben, nicht eine neue neben derselben zu begründen[5].

Die neue Obligatio kann unter denselben Personen, wie die bisherige, eingegangen werden[i], so daß die Neuerung nur den Gegenstand oder die Nebenbestimmungen oder sogar nur die Begründung der Obligatio betrifft[6]. Aber es kann auch ein anderer Gläubiger oder ein anderer Schuldner an die Stelle des bisherigen treten, das erste

[a] Dig. de novationibus et delegationibus. 46. 2. Cod. 8. 41 (42). [b] L. 1. D. h. t. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 176. [c] L. 1. §. 1. L. 2. 14. D. h. t. — L. 28. eod. L. 58. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 4. §. 1. D. de usur. 22. 1. [d] §. 3. J. cit. L. 1. §. 1. D. h. t. vgl. §. 232. [e] L. 20. pr. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. eod. L. 3. eod. [f] L. 20. §. 1. L. 34. §. 1. D. h. t. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. L. 34. pr. D. h. t. [g] L. 10. D. h. t. — L. 21. eod. L. 4. Cod. eod. — L. 16. 23. 25. D. eod. cf. L. 27. pr. D. de pact. 2. 14. [h] L. 8. Cod. h. t. §. 3a. (§. 3.) J. l. c. cf. L. 2. 8. §. 1. 5. L. 28. 29. 31. pr. §. 1. D. h. t. L. 58. D. de V. O. 45. 1. L. 3. in f. Cod. h. t. [i] §. 3. J. l. c. L. 2. 5. 8. §. 1. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4. L. 58. D. de V. O. 45. 1. §. 267. A. 1. c.

freilich nicht ohne Zustimmung des zur Novation Berechtigten[k], das letzte auch ohne Mitwirkung, ja ohne Wissen des bisherigen Schuldners, dadurch allein, daß ein Anderer dem Gläubiger sich in jener Absicht verpflichtet[l], d. i. durch bloße Expromissio[7]. Erklärt der bisherige Schuldner oder Gläubiger seinen Willen dahin, daß ein Anderer statt seiner sich verpflichte, beziehungsweise, daß einem Andern statt seiner versprochen werde, so liegt eine Delegation vor[8], welche den Anlaß zu der durch den neuen Verpflichtungsvertrag zu vollziehenden Novation enthält[m], und diese kann denn als zweifache Delegation auch dergestalt stattfinden, daß der Schuldner mit dem Willen seines Gläubigers einen Andern, der zugleich Schuldner des ersten sein mag, anweist, einem Dritten zu versprechen, der wieder Gläubiger des letzten sein kann, so daß durch Erfüllung des Auftrags zugleich zwei oder drei bisher bestehende Obligationen aufgehoben werden[9].

Die wirksame Novation hebt die bisherige Obligatio vollständig (ipso iure) auf[10], nebst den accessorischen Rechten derselben[n], und zugleich für Mitgläubiger und Mitschuldner[o], wenn nicht die Absicht eine beschränktere ist[11].

Anm. [1] Fein Beitr. z. d. L. v. d. Novation und Delegation. Jena 1850. Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngl. Obl. Wismar und Ludwigslust 1860. (darüber Windscheid in krit. Vjschr. II. S. 242 fg. und Kuntze in Schletter's Jahrb. VIII. S. 101 fg.). Römer d. bedingte Novation. 1863. (vrbr. H. Witte in d. kr. Vjschr. VI. S. 39 fg.). Salpius Novation und Delegation nach R. R. 1864. (vrbr. Windscheid in d. krit. Vjschr. VI. S. 463 fg. Witte ebda. VIII. S. 169 fg. 321 fg. Baron in Schletter's Jahrb. XI. S. 198 fg.). Salkowski z. L. v. d. Novation nach R. R. 1866. (vrbr. Witte a. a. O. IX. S. 475 fg.). [Plucinski Z. L. v. d. Assignat. u. Deleg. Civ. Arch. LX. 7. Dernburg Pr. Pr.R. II. §. 62 fg. Gide études sur la novation et le transport des créances en droit Romain. 1879. (vrbr. Czyhlarz in d. Wiener Ztschr. VII. S. 357 fg. Hölder in d. Ztschr. f. vergl. R.W. II. S. 454 fg. Heyrovsky in d. krit. Vjschr. XXI. S. 585 fg.) Brinz 2. Aufl. §. 282. 282a. 283. Hruza z. L. v. d. Novation nach österr. u. gemeinem Rt. 1881. (vrbr. Randa in d. Wien. Jurist. Bl. 1882. Nr. 2. 3. Krasnopolski in d. krit. Vjschr. XXV. S. 19 fg. Strohal in d. Wiener Ztschr. X. S. 410 fg.)]

[2] L. 1. D. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur . . . §. 1. Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari

[k] not. e. g. [l] L. 8. §. 5. D. h. t. L. 91. D. de solut. 46. 3. [m] L. 11. 12. 17. 22. 33. D. h. t. L. 36. 80. 82. D. de iure dot. 23. 3. L. 21. pr. L. 33. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. [n] L. 18. 27. D. h. t. L. 8. pr. L. 15. eod. [o] L. 31. §. 1. D. h. t. §. 213. not. n.

verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. Gleichzeitige Novation mehrerer Obligationen: L. 34. §. 2. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de acceptilat. 46. 4 L. 26. in f. D. h. t.; theilweise Novation e. Obl.? Fitting Correalobl. S. 53 fg. [A. 57.] — Ueber das Wesen der Novation: Bildung einer neuen Obl. aus dem „Rechtsstoff" oder „Vermögensstoff" der alten? vgl. Kuntze die Obligation S. 242 fg. Römer die bedingte Novation S. 3 fg., die Leistung an Zahlungsstatt S. 20. A. 4. Salkowski S. 37 fg.; dagegen Witte a. a. O. VI. S. 43 fg. IX. S. 485 fg. Windscheid Pand. §. 353. A. 3b.; Stellung unter den Gesichtspunkt einer in solutum datio? Fitting a. a. O. §. 9. Witte VIII. S. 333 fg. IX. S. 485 fg. gegen Kuntze a. a. O. S. 190 fg. vgl. S. 247. Salpius a. a. O. S. 148 fg. Salkowski S. 272 fg.; vgl. Windscheid A. 2. [Karlowa Rechtsgeschäft S. 233 fg. Brinz §. 282. bes. A. 8. 24. Hruza S. 7 fg. und §. 4.]

3 Nach älterem Recht konnte eine Novation auch durch litterarum obligatio bewirkt werden, Gai. III. 129. 130. (vgl. jedoch Salpius §. 15. 16.), ferner durch dotis dictio, Ulp. VI. 2. cf. L. 31. §. 1. i. f. D. h. t. L. 37. 82. 83. D. de iure dot. 23. 3.; im letzten Falle genügte nach neuerem R. Recht (L. 6. Cod. de dot. prom. 5. 11.) auch schon ein formloses Versprechen. Einen Fall der novatio durch nuda pactio findet Römer bed. Novat. S. 13 fg. auch in L. 15. D. de reb. cred. 12. 1.; dagegen Witte VI. S. 45 fg. Windscheid §. 354. A. 2. a. E. — Ueber Novation durch Rechtsstreit vgl. §. 271.

4 In neuester Zeit erscheint Manchen ein Formalvertrag für die Novation so wesentlich, daß sie die Fortdauer einer wahren Novation im heutigen Recht ganz in Abrede stellen, ausgenommen, sofern ein Formalvertrag des heutigen Rechts, namentlich der Wechsel, dazu diene. Gneist die formellen Verträge, S. 148 fg. S. 229 fg. Keller §. 277 a. E. Lang Krit. d. bayer. Entw. II. S. 119 fg. Baron Gesammtrechtsvh. S. 384. Dagegen Sintenis II. §. 105. A. 2. Bruns in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. I. S. 116 fg. [Kl. Schr. I. S. 299 fg.] Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 331. (civ. Schr. III. S. 525) fg. Römer a. a. O. S. 341 fg. Witte VI. S. 42 fg. VIII. S. 339 fg. Windscheid §. 354. A. 1. [Karlowa a. a. O. S. 260 fg. Hruza §. 9. Eine Mittelmeinung bei Brinz §. 282. A. 67.] — Ueber Novation durch Wechsel? s. Schauberg in Goldschmidt's Ztschr. XI. Abh. 4. [Hruza S. 92 fg. Feyerabend d. Fortbestehen der Civilschuld bei Ausstellung eines Wechsels behufs Haftung eines Dritten. S. A. aus dem württemb. Archiv f. Recht . . . XXI. Heft 1. (1884.)]

5 In der modernen Terminologie hat man novatio *privativa* und *cumulativa* unterschieden, je nachdem die Absicht, die alte Obligatio aufzuheben, der Eingehung der neuen zum Grunde liege oder nicht. Aber nur die erste ist eine wahre Novation; „die letztere ist eine contradictio in adiecto." Puchta Vorles. §. 291. Die sog. novatio cumulativa bezeichnet passender als „accessorische Stipulation" Bähr die Anerkennung S. 46 [49] fg. [Vgl. Römer Abh. Heft 1. Nr. 1. Als „Transaction" bezeichnet sie Brinz §. 283.] — Viele Rechtsgelehrte halten übrigens eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi für erforderlich, nach L. 8. Cod. h. t.: Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates (cf. Gai. III. 178.) resecantes sancimus: si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem minorem

acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. §. 1. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἄνευ καινότητος [ἀνοβατεύτως *Krüg.*] (Graeci) dicunt, causa procedat; hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Cf. §. 3 a (§. 3.) J. h. t.... Sed quum ... dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit, tunc solum fieri novationem, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit etc. Basil. XXVI. 4. cap. 42. Vgl. Vangerow III. §. 619. [S. 367 fg. d. 7. Aufl.] „Wenn viele ältere und neuere Juristen doch eine novatio *tacita* zulassen und die abgedruckten Gesetze nur davon verstehen wollen, daß es keine novatio *praesumta* mehr gebe, . . . so ist diese Meinung ohne Zweifel sehr verständig, aber m. E. mit den Worten Justinian's nicht zu vereinigen." Dagegen Fein a. a. O. S. 28..34., gegen diesen wieder vorzüglich Grotefend in Linde's Ztschr. n. F. XII. 10., auch Salkowski S. 259 fg. Aber möchte z. B. wohl Jemand zweifeln, daß der von der Frau delegirte dotis causa promittirende Schuldner (A. 3.) novire, obwohl er dies nicht ausdrücklich ausspricht? Vgl. Windscheid §. 354. A. 15. [Brinz §. 282. S. 387.] Ueber die schwankende Praxis vgl. Seuffert's Arch. IV. 106. VI. 175. 262. VII. 167. XIII. 17. XX. 122. — Vgl. noch Roever (über) L. ult. Cod. de novat. 8. 42. in d. Ztschr. f. Rtsgesch. XI. S. 187..221.; [und Hruza §. 1.]

[6] Nach R. R. war schon die Umwandlung in eine verborum obligatio für sich bedeutend. Nach heutigem Recht fällt dies weg und ist daher die Novation unter denselben Personen ohne alle Aenderung überhaupt unerheblich, wenn die novirte Obligatio auch schon klagbar war, und es nicht etwa darauf abgesehen ist, Accessorien derselben zu lösen (not. n.) Bruns a. a. O. Eine andere Frage ist es, ob nicht das neue Versprechen unabhängig vom wirklichen Dasein einer bisherigen Schuldverbindlichkeit eine Obligatio begründe, die nur etwa wegen Mangels der Causa angefochten werden könne? Unterholzner I. S. 624 fg. Bähr Anerkennung S. 45 [48] fg. Römer bed. Nov. S. 26 u. a. Vgl. Arndts in d. krit. Ueberschau IV. S. 224. (civ. Schr. I. S. 363). Kuntze a. a. O. S. 257. Schlesinger Formalcontr. S. 119. Bruns a. a. O. [Allgemeiner gefragt: hängt die obligirende Wirkung der Novation von der consumirenden ab, und umgekehrt? S. darüber Windscheid II. §. 354. 355. Brinz II. S. 371. 387 fg. Hruza §. 11.; vgl. auch das Verhältniß bei der translatio legatorum §. 551. not. k.] In Ansehung unbedingter Novation einer bedingten Schuld ist entschieden anerkannt, daß sie im Fall der Vereitelung der letzten keinerlei Wirkung habe. L. 8. §. 1. L. 14. §. 1. D. h. t. L. 21. D. de acceptilat. 46. 4. cf. L. 41. D. de cond. et dem. 35. 1. Römer S. 34 fg. Man erklärt dies durch Annahme stillschweigender Uebertragung der Bedingung auf die Novationsstipulation, arg. L. 8. §. 1. cit. Aber vgl. Arndts a. a. O. (dagegen Römer S. 33. 38.). Doch soll nicht gesagt sein, „daß nicht auch beabsichtigt werden könne, das Unbedingte schlechthin an die Stelle des Bedingten zu setzen". (Unterholzner a. a. O. A. a.) Vgl. Vangerow §. 619. A. 1. [S. 368 fg.] Windscheid §. 355. Ueber den umgekehrten Fall: be-

bingte Novation einer unbedingten Schuld: Gai. III. 179. §. 3. J. cit. L. 14. pr. L. 24. D. h. t. L. 36. D. de reb. cred. 12. 1. cf. L. 36. 37. 80. 83. D. de iure dot. 23. 3. [vgl. hiemit §. 551. not. h.] Ausführlich handeln darüber Kniep und Römer a. a. O. (A. 1.). Vangerow a. a. O. unter Nr. 2. und A. 2. Windscheid §. 354. A. 9 fg. §. 355. a. E. [Hruza §. 14. Muskat über d. Einfluß der bedingten Nov. auf d. ursprüngl. Obl. 1882.]

7 Heutzutage pflegt man unter Expromission vorzugsweise die Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners ohne Delegation (A. 8.) zu verstehen. Im römischen Sinn expromittirt auch der vom Schuldner delegirte neue Schuldner, ja selbst derselbe Schuldner demselben Gläubiger (L. 20. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 19. §. 4. D. de donat. 39. 5.). Windscheid §. 353. A. 8.

8 Delegation ist an sich nicht Novation und bezweckt auch nicht immer eine Novation. Delegare heißt auch die Ueberweisung eines Schuldners an einen Andern zum Zahlen (L. 7. Cod. h. t. cf. L. 21. D. h. t.), nicht bloß die Anweisung, einem Dritten sich zu verpflichten, und diese setzt nicht nothwendig voraus, daß der Ueberwiesene Schuldner des Ueberweisenden, noch daß der Letzte Schuldner des Dritten sei, kann auch zu den verschiedensten Zwecken, z. B. Schenkung, Bestellung einer Dos, geschehen (L. 2. §. 1. 2. L. 21. §. 1. D. de donat. 39. 5. L. 18. §. 1. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 11. Cod. de donat. 8. 53 (54).). Die Definition in L. 11. pr. D. h. t. („Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel (ei), cui iusserit") ist zu eng. Aber besonders häufig kommt Delegatio in der Art vor, daß der Schuldner einen Anderen dem Gläubiger, oder der Gläubiger den Schuldner einem Anderen sich zu verpflichten anweist; und so wird denn auch unter Delegatio die in Folge dessen vollzogene Novation verstanden (L. 1. 3. Cod. h. t. cf. L. 11. §. 1. L. 17. D. h. t.). Derjenige, welcher die Anweisung (den Auftrag) gibt, heißt Delegant, der Angewiesene Delegat, derjenige, welchem dieser sich verpflichten (oder zahlen) soll, der Delegatarius. Doch kommt auch einmal se delegare als Aktivum von Seiten des sich Verpflichtenden vor (L. 4. §. 1. D. de manum. 40. 1.). — Vgl. überhaupt vorzüglich Thöl Handelsrecht [4. Aufl.] I. §. 128 .. 132. [5. Aufl. I. 2. §. 333 fg.] Salpius a. a. O. §. 18 fg. Bernstein de delegationis natura. Berol. (1865), schon Anfangs 1864. als Inauguraldissertation gedruckt und vertheidigt, daher unabhängig von vorgenannter Schrift, mit der aber der Vf. in der Scheidung von Delegation und Novation vielfach zusammentrifft, jedoch nicht so weit geht wie diese. Vgl. Witte a. a. O. VIII. S. 341 fg. Windscheid §. 353. A. 9. §. 412. Vangerow (7. Aufl.) §. 619. A. 3. [Brinz §. 260. 282. S. 375 fg. Danz in d. dogm. Jahrb. XIX. 3. G. Schlesinger d. Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation mit bes. Berücksicht. der L. 19. D. de nov. 1882. (vrbr. Hruza in d. Wiener Ztschr. IX. S. 604 fg. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXV. S. 18 fg.)]

9 Z. B. 1) A Gläubiger des B, Schuldner des C, delegirt den B dem C; getilgt wird die Forderung des A an B, des C an A, die neue Obligatio besteht zwischen B und C; 2) A Gläubiger des B, Schuldner des C, der wieder Schuldner des D ist, delegirt den B dem C, dieser dem D, oder A delegirt seinen Schuldner B mit dem Willen seines Gläubigers C sofort dem D als dem Gläubiger des C; getilgt wird die Forderung des A an B, des C an A, des D an C, obligirt wird der B dem D; 3) B Schuldner des A, Gläubiger des C, der wieder Gläubiger des D ist, delegirt den Schuldner D seines Schuldners C mit dessen Einwilligung seinem Gläubiger A; getilgt wird die Forderung des A an B, des B an C, des C an D, obligirt wird der

D dem A. In diesen Fällen wird die Tilgung aller der bisherigen Obligationen, sofern die Absicht darauf gerichtet ist (cf. L. 45. §. 7. D. mand. 17. 1.), durch die Eingehung der nova obligatio bewirkt. Thöl a. a. O. §. 135 fg. [5. Aufl. §. 340 fg.] Hoffmann in Sell's Jahrb. III. S. 396 fg., auch Fein a. a. O. Ob aber auch alle eigentlich durch Novatio getilgt werden? nicht vielmehr dieselben zum Theil nur gleichzeitig unter dem Gesichtspunkte der Zahlung („solvit et qui reum delegat") oder des Erlasses aufgehoben werden? darüber vgl. Fitting Correalobl. S. 51 fg. A. 57. Römer a. a. O. S. 53. Leistung an Zahlungsstatt S. 93 fg. Bernstein pag. 44 sq. Salpius §. 18. Vangerow a. a. O. S. 379.

10 Ueber den Einfluß der Novation in Ansehung der Wirkungen des Verzugs vgl. insbesondere Kniep a. a. O. S. 31 fg. Römer bed. Nov. S. 142 fg. Witte a. a. O. VI. S. 48 fg.

11 L. 31. §. 1. D. h. t. Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi et unum iudicium (in iudicia *Hal. Vulg.*) petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utrisque obligationem: ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquiisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque *liberare eum* ab altero poterit, *quum id specialiter agit,* eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. Alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier *fundum* iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti *eum* promiserit? Nam debitor ab utroque liberabitur. [S. Hasse Güterrecht, S. 300 fg.] Treffend emendirt Huschke in Linde's Zeitschr. n. F. II. S. 153 fg. *eundem* statt *fundum,* und *debitum* statt *eum;* auch möchte *liberare reum* zu lesen sein statt *liberare eum,* und, wie Baron [Gesammtrechtsvh. S. 320.] vorschlägt, *ab alio quo* statt *ab aliquo,* vgl. jedoch die Basil. XXVI. 4. c. 31. (Heimb. III. p. 113.), und Mommsen ad h. l. (Dig. II. p. 701.), welcher nach *fundum* inserirt *et sibi et alteri debentem*, und statt *promiserit* andeutet *remiserit*. Gewiß mit Recht aber bemerkt Huschke a. a. O., daß die Absicht bei der Novation auch blos auf eine Aenderung rücksichtlich des Verhältnisses des einzelnen Correal-Gläubigers oder Schuldners sich beschränken könne. Dagegen freilich Savigny Obl. I. S. 166., welcher die Worte *quum id specialiter agit* für interpolirt hält. Mit Unrecht aber kehrt dieser das von Huschke angeführte Beispiel gegen diesen. Wenn bei einer correalen Geldforderung Einer der Gläubiger durch Novation eine Forderung in Getreide substituirt, so ist keineswegs nothwendig anzunehmen, daß nun sämmtliche Forderungen getilgt sind. Vielmehr kann jenes sehr wohl den Sinn haben, daß nun bloß für den einen Gläubiger, falls dieser klagt, die Getreideforderung besteht, für die andern immer noch die Geldforderung, die Geltendmachung der einen aber auch immer noch alle aufhebt. Vgl. Helmolt Correalobl. S. 142 fg. Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 15. 35 fg. Baron Gesammtrechtsvh. S. 319 fg. Dagegen jedoch wieder Vangerow §. 573. A. 5. [S. 88 fg.] Fitting Correalobl. S. 49. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XIX. S. 72 fg. Salkowski S. 351 fg. Windscheid §. 295. A. 5. [Vgl. Hruza S. 128 fg.] – Ueber den scheinbaren Widerspruch der L. 31. §. 1. cit. mit L. 27. pr. D. de pact. 2. 12.: Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius, Atilicinus, Proculus, nec si in rem pactus

sit, alteri nocere; tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. Idem Labeo: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur:* sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. Quod est verum. *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est:* vgl. Vangerow III. a. a. O. Savigny Obl. I. S. 173 fg. — Ein besondrer Fall ist die Novation der Schuld alternativer Schuldner: L. 32. D. h. t. Te hominem et (l. *aut*) Seium decem mihi dare oportet; stipulor ab altero novandi causa ita: *quod te aut Seium dare oportet:* utrumque novatur. Paulus: merito, quia utrumque in posteriorem deducitur obligationem. Huschke a. a. O. S. 162 fg. Verschieden davon ist alternatives Versprechen dessen, was der eine oder was der andere schuldig ist. L. 8. §. 4. L. 26. D. h. t.

## §. 269.

### b) Vergleich [1].

Vergleich, transactio[a], ist ein Vertrag, welcher eine Ungewißheit von Rechtsansprüchen zu beseitigen bezweckt, indem beiderseits von dem wirklichen oder vermeintlichen Recht etwas nachgegeben wird[b], was auch dann geschieht, wenn zwar der einen Partei vollständig ihr ganzer Rechtsanspruch eingeräumt wird, aber nur gegen Gewährung eines anderweitigen Vortheils von ihrer Seite. Die Ungewißheit kann bestehen in der wirklichen oder zu befürchtenden Streitigkeit eines Rechtsanspruches[c], oder darin, daß der Umfang desselben von ungewissen Umständen abhängt[d]. Ohne solche Ungewißheit besteht kein Vergleich[e]: daher ist als solcher ungültig der Vergleich[f], welcher über ein durch unstreitiges rechtskräftiges Urtheil entschiedenes Rechtsverhältniß abgeschlossen wird[2].

Der Vergleich kann von sehr verschiedenartigem Inhalte sein; es können Vergleichs halber überhaupt alle möglichen Vermögensänderungen vorgenommen werden, und gehört daher der Vergleich keineswegs ausschließlich oder auch nur vorzugsweise in die Lehre von der Aufhebung der Obligationen[3]. Er kann gänzliche oder theilweise Anerkennung oder Aufhebung eines Rechtsanspruchs enthalten; er kann auf der einen oder andern Seite die Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen begründen oder außer Streit setzen. Insofern das letzte der Fall ist, erzeugt er eine Klage auf Erfüllung[g] nach den Regeln von unbenannten Contracten (§. 235.), wo nicht des Vergleichs wegen ein bestimmter anderer Contract eingegangen wird[4]. Insofern aber der Vergleich die Verzichtleistung auf eine Forderung oder einen Theil derselben enthält, bewirkt

[a] Dig. de transactionibus. 2. 15. Cod. 2. 4. X. 1. 36. [b] L. 1. D. h. t. L. 38. Cod. h. t. [c] L. 65. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 2. Cod. h. t. [d] L. 8. D. h. t. [e] L. 12. Cod. h. t. [f] L. 23. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 7. pr. §. 1. L. 11. D. h. t. cf. Pauli sentt. I. 1. §. 5. L. 32. Cod. h. t. [g] L. 6. 28. 33. §. 1. (L. 34). 37 . . 39. Cod. h. t.

er gänzliche oder theilweise Befreiung des Schuldners von seiner bisherigen Verbindlichkeit, gleich als ob darüber durch Urtheil entschieden wäre[h]. Diese Wirkung kann jedenfalls durch exceptio transactionis, eine Art der exceptio pacti conventi, geltend gemacht werden[i], wenn nicht eine stärker wirkende Tilgung der Obligatio des Vergleichs wegen stattgefunden hat. Nach heutigem Recht hängt es von der Absicht der Vergleichenden, die aus dem Gesammtinhalt des Vergleiches zu entnehmen ist, ab, ob sich die Wirkung blos auf das erste beschränke, oder eine vollständige Aufhebung der Obligatio mit sich bringe[k], so daß diese auch für Mitgläubiger und Mitschuldner getilgt werde[5].

Der Vergleich kann wegen Betrugs[l] und wegen Unrichtigkeit dessen, was bei Abschließung desselben von den Vergleichenden als gewiß vorausgesetzt worden[m], angefochten werden[6]; nicht auch wegen nachheriger Beseitigung der ihn veranlassenden Ungewißheit[n]. Die Verletzung eines beschwornen Vergleichs macht den Verletzenden infam [s. jedoch oben §. 33.] und des Vortheils aus demselben verlustig[o].

Ein Vergleich, der für die Zukunft gänzliche oder theilweise Aufhebung der durch eine Verfügung auf den Todesfall[6a] begründeten Verbindlichkeit, einer Person Alimente zu geben, durch Zahlung einer bestimmten Summe oder sonst eine bestimmte einzelne Leistung bezweckt, bedarf zu seiner Gültigkeit richterlicher Bestätigung, die nur nach vorgängiger Prüfung, wenn der Vergleich sich als vortheilhaft für den Berechtigten darstellt, ertheilt werden soll[p].

Als eine Art von Vergleich kann auch die Uebereinkunft betrachtet werden, wornach über einen streitigen Rechtsanspruch durch den Eid einer Partei entschieden werden soll (vertragsmäßiger oder conventioneller Eid), mit dessen wirklicher Ausschwörung, die nämlich eine actio oder exceptio iurisiurandi begründet[q], auch der Erlaß des angenommenen Eides gleiche Wirkung hat[7].

Anm. [1] Vgl. Risch die Lehre vom Vergleiche mit Ausschluß des Eides und Compromisses nach gemeinem Civilrechte. 1855. Heimbach im Rtsl. XII. S. 187..287.

[2] Ueber Vergleich nach dem Urtheil s. Rudorff in der Ztschr. f. geschichtl. Rtsw. XIV. S. 334 fg. Thibaut im civ. Arch. VIII. 12. IX. 22. Vangerow §. 668. Risch a. a. O. §. 11. Windscheid §. 414. A. 6..9. Rich. Alexander-Katz der Vergleich nach rechtskräftigem Urtheile. Greifswald 1873. — Eine andere hieher ge-

[h] L. 20. Cod. h. t. cf. L. 16. eod. cap. 1. de lit. cont. in 6to. 2. 3. [i] L. 16. D. h. t. L. 17. 24. 36. Cod. h. t. cf. L. 28. eod. [k] cf. L. 2. 4. D. h. t. L. 3. 40. Cod. h. t. [l] L. 65. §. 1. cit. L. 4. 13. 19. Cod. h. t. [m] L. 3. §. 1. L. 12. in f. D. h. t. L. 42. Cod. h. t. [n] L. 2. 19. 29. Cod. h. t. cf. L. 80 (78). §. 16. D. ad Sc. Treb. 36. 1. [o] L. 41. Cod. h. t. §. 31. A. 1. g. E. zu e. [p] L. 7. §. 2. L. 8. D. h. t. [q] L. 2. 5. §. 2. 4. L. 6. 9. §. 1. L. 31. in f. D. de iureiur. 12. 2. cf. L. 21. D. de dolo. 4. 3. L. 13. Cod. de reb. cred. 4. 1.

hörige Bestimmung enthält L. 6. D. h. t. (Gai. lib. XVII. ad edictum provinciale) De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Cf. L. 1. §. 1. D. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. (Gai. lib. XVII. ad edictum prov.) Ratio autem huius edicti manifesta est; neque enim sine iudice neque apud iudicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscerentur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti. Risch a. a. O. §. 14. vgl. Brinz 1. Aufl. S. 189: „Da ein Erbschaftsstreit vor der Testamentseröffnung nicht minder lächerlich sein kann, als post rem iudicatam, .. so war die Versetzung jener Stelle (L. 1. §. 1. cit.) keine „geistlose Gesetzgeberarbeit!"" (Risch S. 125.) Heimbach S. 235 fg. Windscheid §. 414. A. 12. [Brinz 2. Aufl. I. S. 384 u. A.' 32.]

[3] Vgl. oben §. 80. A. 2. 5. Risch a. a. O. [S. 12 fg.] beleuchtet die verschiedenen Ansichten über die Stellung des Vergleichs im System, entscheidet sich selbst aber [S. 32 fg.] nach der vorherrschenden Tendenz desselben für die Zusammenstellung mit dem Urtheil. [Aehnlich Brinz 2. Aufl. I. §. 109 .. 111.] Vgl. Heimbach S. 191 fg. Windscheid §. 413 fg. führt den Vergleich unter den Schuldverträgen auf.

[4] Nach R. R. konnte z. B. eine Stipulation transactionis causa stattfinden. Aber auch ein Kaufcontract, ein Darlehenscontract u. dgl. läßt sich als Product eines Vergleiches denken. Zu beschränkend bestimmt den Inhalt des Vergleiches Savigny Obl. I. S. 179., indem er sagt: man könne ihn „als ein zusammengesetztes Geschäft betrachten, bestehend aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß". Er kann auch totale Erfüllung oder totalen Erlaß, nur gegen irgend eine andere Gegenleistung, zum Inhalt haben.

[5] Nach R. R. konnte die vollständige Aufhebung der Obligatio durch vergleichshalber vorgenommene Acceptilatio, nöthigenfalls nach vorgängiger Novatio, bewirkt werden, not. k. §. 267. A. 1. c. Uebrigens vgl. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 161. mit Savigny a. a. O. und Arndts in der krit. Ueberschau II. S. 157. IV. S. 230. (civ. Schr. I. S. 12. 368.)

[6] Vgl. Bähr Anerkennung S. 118. [2. Aufl. S. 129 fg.], dagegen jedoch Brinz 1. Aufl. S. 189 fg.; und Regelsberger im civ. Arch. XLVII. S. 160 fg.; vgl. auch Risch S. 163. [und §. 26.], gegen diesen aber Windscheid §. 414. A. 4. Seuffert's Arch. III. 323. XIII. 142. [Im Concurs unzulässige Vergleiche: R.C.O. §. 168.]

[[6a] Neuestens will F. Pfaff im pract. Arch. N. F. XIII. 13. (recte: 7.) S. 210 fg. gegen die bisher herrschende Lehre auch „auf gesetzlicher Verpflichtung beruhende Alimente" dem gleichen Rechtssatz unterstellen.]

[7] Windscheid §. 418. „Schiedseidvertrag". Ueber den gerichtlich angetragenen Eid s. §. 115. not. f .. l; über die Wirkung des Eides in Beziehung auf Mitgläubiger und Mitschuldner: L. 28. pr. §. 1. 3. D. de iureiur. 12. 2. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 161. Baron Gesammtrechtsvh. S. 376 fg. — Die Zulässigkeit außergerichtlicher vertragsmäßiger Eide nach heutigem Recht ist streitig. Sintenis §. 107. A. 53 fg. 84. Holzschuher 3. Aufl. III. S. 1066. Jedenfalls sind sie selten, und particularrechtlich wohl auch ausdrücklich untersagt. Göschen §. 552. a. E.

## §. 270.

### c) Compromiß.

Parteien können unter sich vereinbaren, ihren Rechtsstreit, statt vom Gericht, durch eine Privatperson, als Schiedsrichter, arbiter, oder durch mehrere vereint, entscheiden zu lassen[a]. Eine solche Uebereinkunft heißt Compromiß (Schiedsvertrag)[1]. Sie hat die Wirkung eines Vergleichs[1a]. Die Parteien sind darnach einander verpflichtet, sich dem schiedsrichterlichen Verfahren und Spruche zu unterwerfen; jede ist gegen die andere, welche die Uebereinkunft verletzt, nach Umständen durch Klage oder Einrede geschützt. Wird nun durch Schiedsspruch dem Gläubiger seine Forderung, ganz oder zum Theil, aberkannt, so ist er derselben verlustig, weil er für diesen Fall im voraus darauf verzichtet hat[b].

Zur Wirksamkeit des Compromisses wird erfordert: Fähigkeit des erwählten Schiedsrichters[c], Annahme[d] und gehörige Vollziehung des schiedsrichterlichen Amtes durch denselben[2]. Der Spruch (*arbitrium, laudum*) setzt eine Untersuchung der Sache voraus[e]; er muß die streitigen Verhältnisse, welche Gegenstand des Compromisses waren[f], bestimmt[g] und vollständig[h] entscheiden, und darf nichts Unsittliches[i] enthalten[3]. Sind mehrere Schiedsrichter bestellt, so wird der Spruch durch Mehrheit der Stimmen[k], oder, im Fall der Stimmengleichheit, durch einen schon vorher von den Parteien ernannten oder erst von den Schiedsrichtern erwählten Obmann[l], sog. superarbiter, gegeben. Der einmal gefällte Spruch kann nicht mehr abgeändert werden[m].

Das Compromiß kann durch Uebereinkunft der Parteien wieder aufgehoben werden[n] und außerdem noch aus verschiedenen Gründen erlöschen[4].

Anm. [1] Vgl. Windscheid §. 415..417. [Daubenspeck die Schiedsgerichte für Regulirung der Bergschäden. Ein Beitrag z. L. v. Schiedsvertrage. 1883.] — Nach R. R. wurde das Compromissum gewöhnlich mittelst gegenseitiger Pönalstipulationen (poena oder pecunia compromissa) eingegangen, welche also indirect den Erfolg der Uebereinkunft sicherten (§. 211.); daher der Name: compromissum. L. 2. 11. 13. 28. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Doch kommen auch folgende Modificationen vor: a) directes Stipulationsversprechen der Anerkennung des Arbitriums, ohne Conventional-

[a] Dig. de receptis: qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. 4. 8. Cod. de receptis (arbitris.) 2. 55 (56). X. de arbitris. 1. 43. in 6to. 1. 22. [vgl. R.Civ.Pr.O. §. 851 fg.] [b] L. 13. §. 1. D. h. t. L. 5. pr. Cod. h. t. [c] L. 9. pr. §. 1. 2. L. 41. 51. D. h. t. L. ult. Cod. h. t. cf. cap. 4. 7. X. h. t. [s. jetzt R.C.Pr.O. §. 858.] [d] L. 3. §. 1. L. 13. §. 2. D. h. t. [e] L. 14. 21. §. 9. L. 27. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. D. eod. [f] L. 21. §. 2. 4. 6. L. 32. §. 15. 21. L. 46. D. h. t. cf. cap. 6. X. h. t. [g] L. 21. §. 1. 3. L. 32. §. 16. D. h. t. [h] L. 19. §. 1. L. 25. pr. eod. [i] L. 21. §. 7. eod. [k] L. 17. §. 7. L. 18. L. 27. §. 3. eod. cf. L. 32. §. 13. eod. cap. 2. in 6to. h. t. [l] L. 17. §. 5. 6. D. h. t. [m] L. 19. §. 2. L. 20. 21. pr. eod. [n] L. 9. §. 5..L. 11. pr. L. 32. §. 5. eod.

strafe, eine actio ex stipulatu auf das Interesse begründend. L. 27. §. 7. D. h. t. cf. L. 3. Cod. h. t.; b) Compromissum ohne Stipulation, oder doch ohne gegenseitige, mit Deposition des Streitgegenstandes selbst oder des Gegenstandes der Strafe. L. 11. §. 2. D. h. t.; c) compromissum nudo pacto, durch ein beiderseitiges bedingtes pactum de non petendo, wenn nämlich beide Theile gegeneinander Forderungen hatten. L. 11. §. 3. D. h. t.; d) formloses Compromiß ohne Strafversprechen oder andere Sicherung, in Folge dessen der gefällte Schiedsspruch nur eine Exceptio erzeugte (not. b.); e) ein schriftlich abgeschlossenes oder zu den Akten erklärtes Compromiß mit eidlicher Bestärkung. Diesem hat erst Justinian die Wirkung beigelegt, daß es auch eine Klage auf Erfüllung des Schiedsspruches erzeuge, L. 4. Cod. h. t., und dieselbe Wirkung sollte auch ohnedies stattfinden, wenn ein gefällter Schiedsspruch von beiden Parteien durch ihre Unterschrift anerkannt (sog. laudum *homologatum*) oder nur nicht von einer derselben binnen zehn Tagen angefochten sei. L. 4. §. 5.. L. 5. Cod. h. t. Nach heutigem Recht muß man nun überall schon dem einfachen Vertrage vollkommen verpflichtende Wirkungen beilegen, obgleich auch jetzt noch Strafversprechungen und andere Modalitäten, wie unter b. c. vorkommen können. — Ueber die Wirkung des Compromisses in Betreff von Correalobligationen vgl. Savigny Obl. I. S. 192. und Kuntze die Obl. S. 215. mit §. 269. A. 5. 7.

[1a Dagegen Weizsäcker das röm. Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem officium iudicis. 1879. Drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XXII. S. 195 fg. Kohler ebda. S. 465 fg.]

2 Die Uebernahme des Schiedsrichteramtes heißt receptum sc. arbitrium. Zur Verrichtung des übernommenen Amtes kann der Schiedsrichter, wenn ihn nicht besondere Gründe entschuldigen, durch prätorischen Zwang (extra ordinem) angehalten werden. L. 3. §. 1 sqq. D. h. t. cf. L. 32. §. 12. D. eod. Windscheid §. 417. Schlechthin unzulässig und unwirksam ist nach not. c. das Compromiß auf Frauen, sie möchten denn Jurisdiction haben, auf Wahnsinnige, Taube, Stumme, Unmündige oder noch nicht zwanzig Jahre alte Personen, auf eine bei dem Streite selbst betheiligte Partei. [Die C.P.O. §. 858. erlaubt „Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind“, abzulehnen.] In andern Fällen soll zwar das Receptum keinen Zwang gegen den Schiedsrichter begründen, kann aber der wirklich gefällte Spruch dennoch gelten. L. 3. §. 3. L. 4. D. h. t. cf. L. 9. §. 3..5. L. 10. 11. pr. D. h. t. Uebrigens kann auch ein öffentlicher Richter, selbst der für die Streitsache ohnehin competente, zum Schiedsrichter gewählt werden, cap. 7. X. h. t. [Glück VI. S. 70 fg.] — L. 9. §. 2. D. h. t. spricht vom iudex datus im Sinn des älteren R. Rts.

3 Ungerechtigkeit des Spruches genügt nicht, ihn anzufechten. L. 27. §. 2. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. Vgl. jedoch L. 31. 32. §. 14. 15. D. h. t. Viele gestatten wegen sog. laesio *enormissima* und manifesta iniquitas Berufung an die Gerichte, nach dem R.A. von 1594. §. 66., wodurch bei Compromissen auf das Reichskammergericht in solchem Falle Revision gestattet wurde. Seuffert §. 377. Dagegen Unterholzner I. S. 655. [A. v. a. E.] Seuffert's Arch. I. 217.

4 Solche Gründe sind: a) Rücktritt einer Partei wegen Feindschaft mit dem Schiedsrichter oder wegen Dolus desselben oder der Gegenpartei, L. 32. §. 14. D. eod. L. 31. eod. L. 3. Cod. eod. b) Tod einer Partei, wenn nicht das Compromiß auf die Erben erstreckt war, L. 27. §. 1. L. 49. §. 2. D. eod. c) Wahnsinn oder Concurs einer Partei, L. 17. pr. L. 47. §. 1. L. 48. eod. d) Ablauf der Zeit, L. 21. §. 5. 8. L. 32.

§. 3. eod. e) Tod des Schiedsrichters oder nach Umständen auch nur eines von mehreren, L. 45. eod. cf. cap. 42. X. de off. iud. deleg. 1. 29. f) Befreiung desselben von seinem Amt, z. B. wegen Alters, Krankheit u. dgl. L. 15. 16. pr. D. h. t. g) Untergang des Streitgegenstandes, indem auch keine Forderung auf Interesse mehr besteht, L. 32. §. 5. eod.

## §. 271.
## D. Durch Rechtsstreit.

Eine rechtskräftig aberkannte Forderung kann der Gläubiger nicht mehr geltend machen, die zuerkannte nur in dem Maße, wie sie durch das Urtheil festgestellt ist. Insofern kann der Rechtsstreit über eine Forderung deren gänzliche oder theilweise Beseitigung zur Folge haben. Eigentlich aber ist dies **nicht** als eine durch das Urtheil bewirkte **Aufhebung** oder Aenderung, sondern nur als eine für die Partei endgültige Entscheidung über Dasein und Inhalt der Obligatio aufzufassen (§. 116.). Nach diesem Gesichtspunkte kann gegen den Inhalt des Urtheils, soweit dessen Rechtskraft wirkt, auch eine naturalis obligatio nicht mehr geltend gemacht werden[1]. Die Rechtskraft des Urtheils erstreckt sich auch auf Mitgläubiger und Mitschuldner (§. 213.)[2], sofern dasselbe nicht blos persönliche Beziehungen der einen Partei zu der Correal-Obligation betrifft[a]. Aber auch schon der **Beginn** des Rechtsstreites kann auf die Obligatio Einfluß haben[3], indem bei der alternativen Obligatio der wahlberechtigte Gläubiger nun auf den in der Klage bezeichneten Gegenstand beschränkt wird[b], und bei der activen Correal-Obligation der von einem Gläubiger belangte Schuldner nun den übrigen nicht mehr zahlen darf[c], also auch gegen ihre Forderung geschützt sein muß, sofern nicht jener von der Klage zurücktritt[4].

Anm. [1] Vgl. L. 13. D. quib. mod. pign... solv. 20. 6. Si deferente creditore iuravit debitor, *se dare non oportere*, pignus liberatur, quia perinde habetur atque si iudicio absolutus esset; nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. — L. 26. D. de cond. indeb. 12. 6. Index si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. L. 60. pr. eod. Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, *sive navis ex Asia venerit sive non venerit*, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. L. 50. §. 2. D. de pecul. 15. 1. „naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere vi-

[a] arg. L. 28. pr. §. 1. 3. L. 42. §. 1. 3. D. de iureiur. 12. 2. cf. L. 4. §. 3. L. 19. D. si serv. vind. 8. 5. [b] L. 19. D. de legat. II. L. 112. pr. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 2. 16. D. de duob. reis. 45. 2. L. 3. in f. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 31. §. 1. D. de novat. 46. 2. L. 57. §. 1. D. de solut. 46. 3.

detur, in litem translata non est"; cf. L. 27. D. de pign. 20. 1. L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. 46. 8. — Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. als Vertheidiger der Fortdauer einer naturalis obligatio: Savigny V. S. 376. 387 fg. und Obl. I. S. 81 fg., Fein im civ. Arch. XXVI. 7. 13. Schwanert Naturalobl. S. 439 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 110. 220. A. 27.]; als Gegner derselben: v. d. Pfordten im civ. Arch. XXIV. 4. Flach in Linde's Ztschr. XIX. 12. Wächter Erörtr. III. S. 135 fg. — Puchta §. 293. „Diese Wirkung der res iudicata erstreckt sich indessen nicht weiter, als die der exceptio rei iudicatae, wodurch sie geltend gemacht wird, sie kann nur gegen eine Person geltend gemacht werden, für welche der Inhalt der Sentenz Wahrheit hat, und sie ist zur Begründung einer Klage untauglich. Diese unvollkommene Aufhebung der Obligatio (nicht mehr) ist unter dem Ausdruck zu verstehen, daß eine naturalis obligatio zurückbleibe." Vgl. noch Scheurl in d. Heidelb. Ztschr. I. S. 509 fg. [und in d. krit. Vjschr. VI. S. 525 fg.] Bekker proc. Consumtion S. 285 fg. Pfeiffer im civ. Arch. XXXVII. S. 257. XXXVIII. S. 331 fg. und gegen diese Windscheid die Actio S. 88 fg. Pand. §. 129. A. 7. — Insbesondere über replicatio rei iudicatae gegen die Einrede der Compensation: L. 7. §. 1. D. de compens. 16. 2. L. 7 (8). §. 2. D. de neg. gest. 3. 5. Savigny Obl. I. S. 92. Seuffert's Arch. VII. 299. 300. Bekker S. 126. 287. Windscheid Pand. §. 130. A. 21. — Zu L. 60. cit. Voß im civ. Arch. LVIII. 11. S. 360..378.

[2] Vgl. §. 269. A. 7. Dagegen jedoch Kuntze d. Obl. S. 210 fg. Fitting Correalobl. S. 71. 254. A. 264.; gegen diese Dworzak in der krit. Ueberschau IV. S. 67 fg. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XIX. S. 106 fg. Baron Gesammtrechtsvh. S. 372 fg. Windscheid §. 295. A. 8.

[3] Nach älterem Rechte bewirkte die Litiscontestatio eine formelle Aufhebung der bisherigen Obligatio (§. 113. A. 3.), was man als novatio *necessaria* bezeichnet im Gegensatz der voluntaria novatio (§. 268.), arg. L. 29. D. de novat. 46. 2. cf. L. 86. 87. D. de R. J. Puchta §. 283. 292. Windscheid §. 124. A. 1. §. 356. [Brinz 2. Aufl. §. 95. Baron §. 267.] Im neueren Recht ist jenes weggefallen, es sind jedoch einzelne Wirkungen der Litiscontestatio bestehen geblieben, die zwar früher daraus abgeleitet wurden, zugleich aber durch innere Gründe gerechtfertigt sind (not. b. c.). Savigny VI. S. 277 fg. 307 fg. Wächter Erörtr. III. S. 38 fg. 115 fg. Sintenis §. 105. A. 2. Dahin gehört nach Justinianischem Recht auch noch, daß der Schuldner befreit wird, wenn der Gläubiger mit einem Andern, in der Absicht, daß dieser ganz an die Stelle des ersten trete, litem contestirt, L. 23. D. de solut. 46. 3., wornach denn eine Delegation, anstatt durch Stipulation, auch per litis contestationem ihren Vollzug erhalten kann, L. 11. §. 1. D. de novat. 46. 2. (§. 254. a. E.) Nach heutigem Recht kommt dies nicht in Betracht, weil hier immer schon eine Novation durch Vertrag mit dem neuen Schuldner, wozu es der Stipulation nicht mehr bedarf, in Mitte liegen wird. Um dagegen den Schuldner dem Cessionar zu verpflichten, ist schon nach R. R. Litiscontestatio nicht erforderlich (§. 256.).

[4] L. 16. D. 45. 2. Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit. Cf. L. 2. in f. D. de duob. reis. 45. 2. „ideoque *petitione*, acceptilatione unius tota solvitur obligatio." In Beziehung auf diesen Satz sind Wächter S. 58. und Savigny Obl. I. S. 183. [A. f.] anderer Meinung; der Schuldner soll gleichzeitig von jedem Gläubiger mit der Klage auf das Ganze verfolgt, obwohl nur einem zu zahlen gezwungen werden können. Der Natur des Verhältnisses entspricht dies gewiß nicht und es ist daher nicht gerechtfertigt, die

Aufnahme der ganz bestimmt das Gegentheil sagenden L. 16. cit. als ein bloßes Versehen der Compilatoren für unerheblich zu erklären. L. 57. §. 1. D. 46. 3. bezieht sich allerdings zunächst nur auf den adiectus solutionis causa: Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. Aber in Ansehung der Möglichkeit, an ihn zu zahlen, ist jener dem correus stipulandi nahe verwandt. Vgl. auch Bekker Consumtion S. 11. Fitting a. a. O. S. 69 fg. 191. 251. Fritz a. a. O. S. 98 fg. Vangerow III. S. 92. Windscheid §. 296. Eine abweichende Meinung hat wieder Baron a. a. O. S. 366 fg., indem er zwar mit Bekker die Klage der andern Mitgläubiger durch die Litiscontestation des einen für consumirt hält, aber darnach eine naturalis obligatio des Schuldners auch jenen gegenüber noch anerkennt, durch deren Erfüllung auch jetzt noch die Gesammtobligatio getilgt werde. Das Wort „offerendo" in L. 16. cit. scharf betonend, findet er in dieser nur den Ausspruch, daß der Schuldner durch Erbieten zur Erfüllung an einen Andern als den klagenden Correus keine mora accipiendi bewirke, noch sich von seiner mora solvendi gegenüber dem letzten befreie (nihil agit). Die Erklärung scheint mir so unbefriedigend, wie sie künstlich ist. Der Beklagte haftet dem Kläger für id quod is habiturus fuisset, si statim solutum esset; wie sollte er sich von dem Anspruch des Klägers dadurch befreien können, daß er durch willkürliche Zahlung an einen andern die Gesammtobligatio und damit auch die sog. Sonderobligatio des Klägers zerstört? wie sollte selbst bei einem strictum iudicium die auf den Kläger lautende Condemnatio der Formula durch jene Zahlung ihre Kraft verlieren? Das hieße: die milde Regel der Sabinianer „omnia iudicia absolutoria esse" (Gai. IV. 114.) mit proculianischer Schärfe handhaben. Vielmehr muß man sagen: weil es sowohl der Billigkeit als dem strengen Recht widerstreiten würde, daß der Beklagte den bereits erhobenen Rechtsanspruch des Klägers durch seine Willkür vereitele, so kann er sich post litem contestatam nicht mehr durch Zahlung an einen andern von jenem befreien, so wenig wie bei einer Popularklage durch Zahlung der verwirkten Strafe an einen andern Mitbürger; eben deswegen muß er nicht blos zufolge der processualischen Consumtion (§. 113.), sondern auch ex aequo et bono gegen die Forderung der andern geschützt sein; und deshalb ist er diesen auch nicht mehr naturaliter obligirt. Dies zugleich gegen Fitting S. 69.

## §. 272.

## E. Durch Bedingung und Zeitbestimmung.

Ist eine Obligatio unter auflösender Bedingung eingegangen, so wird sie nach Erfüllung dieser als nicht eingegangen behandelt[a]. Ist die Dauer einer Obligatio auf eine gewisse Zeit eingeschränkt (ad diem, certum oder incertum), so ist nach Eintritt des Endtermins der Schuldner durch eine Einrede (exceptio doli oder pacti) gegen die Forderung geschützt, obwohl das ius civile die Regel aufstellte: ad tempus obligationem constitui non posse[b]. Anders verhält es sich, wenn gewisse obligatorische Verhältnisse, die eine Reihe einzelner Forderungen erzeugen

[a] §. 71. A. 5. 6. §. 249. [b] L. 44. §. 1. D. de O. et A. 44. 7. L. 56. §. 4. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 44. §. 2. D. de O. et A.

können, z. B. Miethe, Gesellschaft, mit einer solchen Zeitbestimmung eingegangen werden. Hier nehmen jene als Quelle einzelner Forderungen durch Eintritt des Zeitpunktes ein Ende, während die bisher daraus entstandenen Rechtsansprüche fortbestehen. Die Festsetzung eines solchen Endtermins kann aber auch einseitiger Bestimmung einer Partei zustehen, welche dann durch Kündigung jene Beendigung des obligatorischen Verhältnisses herbeiführt.

## §. 273.

## F. Durch Wegfall des Subjektes der Obligatio.

Der Tod des Gläubigers oder Schuldners bewirkt an sich nur ausnahmsweise die Erlöschung von Obligationen, indem diese in der Regel auf Erben oder andre Gesammtnachfolger übergehen (§. 104.)[1]. Nothwendig aber muß die Obligatio erlöschen, wenn Forderung und Verbindlichkeit in einer Person sich vereinigen, d. i. durch Confusio, also namentlich wenn der Gläubiger Erbe des Schuldners wird oder umgekehrt[a]; zum Theil, wenn er nur Theilerbe ist[b]. Wenn jedoch der Gläubiger einen seiner Correalschuldner oder dieser jenen beerbt, so hört die Verbindlichkeit der übrigen Mitschuldner nicht auf[c]; es darf ihnen aber auch durch jenen Umstand ebensowenig das Recht der Theilung, das ihnen gegen den Gläubiger zustand (§. 215.), als der Anspruch auf theilweisen Ersatz, den sie etwa als Gesellschafter oder aus anderem Rechtsgrunde gegen den bisherigen Mitschuldner hatten (§. 213.), geschmälert werden[2 3].

Anm. [1] Hinterläßt der Schuldner keine Erben, so können entweder dessen Gläubiger aus seinem nachgelassenen Aktivvermögen nach §. 226 .. 228. Befriedigung suchen, oder es geht der Nachlaß mit Forderungen und Schulden auf den Fiscus oder gewisse andere Personen als erbloses Gut über nach §. 608 .. 610. Kann der Schuldner nicht eigenes Vermögen und darum auch nicht Erben haben, so müssen freilich seine Verbindlichkeiten durch den Tod erlöschen, sofern nicht ein Andrer noch dafür haftet. L. 11. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 1. §. 14. D. depos. 16. 3. L. 95. §. 1. in f. D. de solut. 46. 3. §. 247. Die Fälle dieser Art aber kommen im neueren Recht nicht mehr vor (§. 469.). Antiquirt sind auch andere Fälle, in welchen nach älterem Recht Verbindlichkeiten durch Wegfall des Obligirten gleichwie durch Tod desselben vernichtet wurden (§. 28. 56. A. 3. §. 121. A. 2.). Windscheid §. 359.

[2] Vgl. a) L. 50. D. de fideiuss. 46. 1. Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, *obligatio ratione confusionis intercidit, aut quod est verius, solutionis potestate;* sed pro parte

[a] L. 75. 95. §. 2. D. de solut. 46. 3. cf. L. 60 (58). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. — L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. L. 87. §. 1. D. de acquir. hered. 29. 2. [b] L. 24. 50. D. de fideiuss. 46. 1. [c] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1.

coheredis obligatio salva est, non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem. b) L. 71. pr. eod. (Paul. lib. IV. quaest.): Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus ita, ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit; Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et creditori fiscus successerat: mandator allegabat, se liberatum *iure confusionis*, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse; quamvis enim, iudicio convento principali debitore, mandator non liberetur, tamen, ubi successit creditor debitori, *veluti solutionis iure sublata obligatione*, etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta, confusa obligatione? Et puto: *aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam*, sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. *Igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari*, et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. Plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri: *cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere*. Quodsi creditor fideiussori heres fuerit, vel fideiussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum. — „Daß, was Paulus in diesem Fragment bei der passiven Correalobligation entwickelt, ganz ebenso auch auf die active angewendet werden muß," soll zwar nach Vangerow §. 573. A. 5. (7. Aufl. III. S. 94.) nicht den mindesten Zweifel leiden und hat auch nach Savigny's Meinung (Obl. I. S. 196. [A. z.]) „kein Bedenken" (vgl. auch Mühlenbruch §. 479. A. 3. §. 493. A. 8. Unterholzner I. S. 568. u. a.), ist aber dennoch bestritten. Arndts im Rtslex. IV. S. 19. A. 140 (civ. Schr. II. S. 25.). „Es heißt dieses eben so viel, als die Erbschaft oder das Vermögen des Erben um den Werth der Correalforderung schlechthin vermindern; eine solche Wirkung soll aber die confusio nicht haben. L. 41. §. 2. D. de evict. 21. 2. Quum debitor creditori suo heres extiterit... intelligitur maior hereditas ad debitorem pervenire, quasi soluta pecunia quae debebatur hereditati, et per hoc minus in bonis heredis esse; et ex contrario, cum creditor debitori suo extitit heres, minus in hereditate habere videtur tanquam ipsa hereditas heredi solverit. Nach obiger Ansicht würde die hereditas nicht maior sein, wenn der Erblasser eine Correalforderung gegen den Erben hatte, und der Erbe, welcher eine Correalforderung gegen jenen hatte, würde diese verlieren und nur zu Gunsten des Mitgläubigers minus in hereditate habere." Führt man die Wirkung der Confusio auf die Annahme einer Selbstzahlung zurück (L. 50. cit., Kuntze S. 217 fg.), so ist nicht einzusehen, warum der Correalgläubiger, welcher den Schuldner beerbt, den Mitgläubigern gegenüber nicht sollte sagen dürfen, die Gesammtforderung sei bereits durch Selbstzahlung getilgt; unbeschadet natürlich seiner partiellen Ersatzverbindlichkeit, wo solche bei wirklichem Zahlungsempfang begründet wäre. Uebereinstimmend hiermit hat sich, obwohl aus andern Gründen, nur Fitting Correalobl. S. 203 fg. erklärt, dagegen aber Samhaber Correalobl. S. 136 fg. Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XIX. S. 76 fg. Baron a. a. O. S. 355 fg. Windscheid §. 293. A. 9. Die Streitfrage ist von

geringer Erheblichkeit, weil der Fall einer activen Correalobligation ohne Ersatzanspruch unter den Mitgläubigern selten vorkommen wird. Gesetzt aber, es sei dem A oder dem B eine Sache vermacht im Sinne der L. 16. D. de legat. II.; nun würde A Erbe des belasteten Erben: dürfte er nicht dem B, der jetzt das Legat begehrt, entgegnen, er habe eben so viel Anspruch auf das Legat, wie B? Dazu setze man noch den Fall, daß A gezwungen angetreten und die ganze Erbschaft restituirt habe.

[3] Confusio heißt auch die Vereinigung der Hauptschuld und der Bürgschaftsschuld in einer Person, wodurch nämlich letztere Schuld erlischt, wenn sie nicht wirksamer ist, als die erste. L. 5. 14. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. Wenn dagegen ein Schuldner den Mitschuldner, ein Gläubiger den Mitgläubiger beerbt, so tritt keine Confusio ein. L. 5. cit. L. 13. D. de duob. reis. 45. 2. L. 93. D. de solut. 46. 3. Si duo rei sint stipulandi et alter alterum heredem scripsit, videndum, an confundatur obligatio? Placet non confundi. Quo bonum est hoc dicere? Quod, si intendat *dari sibi oportere*, vel ideo dari oportet ipsi quod heres extitit, vel ideo quod proprio nomine ei deberetur. Atquin magna est huius rei differentia: nam si alter ex reis pacti conventi temporali exceptione summoveri poterit, intererit, is, qui heres extitit, utrumne suo nomine an hereditario experiatur, ut ita possis animadvertere, exceptioni locus sit nec ne. §. 1. Item si duo rei sint promittendi et alter alterum heredem scripsit, non confunditur obligatio (Flor. *confund. obl.*). §. 2. Sed (et) si reus heredem fideiussorem scripserit, confunditur obligatio, et quasi generale quid retinendum est, ut, ubi ei obligationi, quae sequelae locum obtinet, principalis accedit, confusa sit obligatio; quotiens duae sint principales, altera alteri potius adiicitur ad actionem, quam confusionem parere (*videatur* Hal.). §. 3. Quid ergo, si fideiussor reum heredem scripserit? Confundetur obligatio secundum Sabini sententiam, licet Proculus dissentiat. Vgl. Mommsen Dig. II. p. 716.

## G. Durch Wegfallen des Inhalts der Obligatio.

### 1) Durch Unmöglichkeit der Erfüllung.

### §. 274.

#### a) Im Allgemeinen.

Die Obligatio wird aufgehoben, wenn und insoweit (§. 253.) die Erfüllung derselben durch Zufall, d. h. ohne Verschulden des Verpflichteten (§. 250.), unmöglich wird[a], es sei denn durch Verzug[b] oder durch besondere Festsetzung[c] die Haftung selbst für den Zufall begründet. Daher erlischt die Obligatio auf einen individuell bestimmten Gegenstand durch dessen nicht durch Verschulden des Verpflichteten herbeigeführten Untergang[d]; die Leistung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegen=

[a] L. 23. i. f. D. de R. J. L. 18. pr. D. commod. 13. 6. L. 92. 98. §. 8. D. de solut. 46. 3. cf L. 31. pr. D. de act. emti. 19. 1. [b] L. 23. D. de V. O. 45. 1. §. 251. not. d. e. A. 2. [c] §. 3 a. (§. 3.) J. de emt. vend. 3. 23. L. 78. §. 3. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 9. §. 2. D. locati. 19. 2. [d] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. L. 1. §. 4..6. D. de O. et A. 44. 7. L. 33. 37. D. de V. O. 45. 1. L. 9. Cod. de act. pign. 4. 24.

standes dagegen bleibt immer möglich[e], wenn auch dem Schuldner Sachen dieser Gattung zu Grunde gegangen sind[1]. Eine alternative Obligatio erlischt aus diesem Grunde erst dann, wenn alle alternativen Leistungen unmöglich geworden sind[f], es mag dem Gläubiger oder dem Schuldner die Wahl zugestanden haben[2].

Anm. [1] Vgl. im Allgemeinen: Fuchs zur Lehre vom periculum bei Obl. im civ. Arch. XXXIV. 5. 10. 17., Mommsen Beitr. zum Obligationenrecht I. S. 228 fg., und darüber Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 106 fg. [126 fg.]. Hartmann die Obligation. Abschn. 2. S. 117 fg. [Hesse im civ. Arch. LXI. S. 258 fg. Brinz 2. Aufl. §. 276..278. Hartmann Juristischer Casus und seine Prästation bei Obl. auf Sachleistung insbes. beim Kauf, in d. dogm. Jahrb. XXII. 4. S. 417 fg.] Hierauf beziehen sich die beiden Rechtsregeln: *Species perit ei cui debetur*, oder: *Debitor speciei liberatur interitu rei;* und: *Genus perire non censetur.* Eine Anwendung der letzten enthält L. 11. Cod. si cert. pet. 4. 2. in dem Satze: Incendium aere alieno non exuit debitorem. Unrichtig die Regel: *Casum sentit dominus.* Wächter im civ. Arch. XV. 6. 9. und in seiner Beurtheilung des Entw. eines bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Sachsen S. 128 fg. [Pand. II. S. 424 fg.]; vgl. Mommsen a. a. O. S. 237 fg. [248 fg., aber auch Brinz §. 277. Nr. 4.] Richtiger als Regel: *Casus a nullo praestantur.*

[2] Hierbei kommt noch in Betracht: a) Möglichkeit der Wahl zwischen dem noch vorhandenen Gegenstande und dem Werthe des untergegangenen? L. 2. §. 3. D. 13. 4. (Ulp. lib. 27. ad edictum) . . . Cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. L. 47. §. 3. D. de legat. I. (Ulp. lib. 22. ad Sab.) Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari aut absentis aestimationem; totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ‚ut si in potestate(m) ambo redirent', sed ‚si vel alter', et ‚vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam'. b) Einfluß der Mora oder Culpa des Schuldners? L. 47. §. 3. cit. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3. *Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes?* altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim perinde solus ille, qui decessit, praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. §. 1. Quodsi promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest aeque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti potest, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est: tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore,

[e] L. 1. §. 4. cit. L. 42. D. de iure dot. 23. 3. [f] L. 2. §. 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 10. in f. L. 11. D. de iure dot. 23. 3. L. 9. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 32. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 16. pr. D. de V. O. 45. 1. — L. 33. §. 1. L. 95. pr. §. 1. D. de solut. 46. 3.

quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. c) Einfluß der Mora oder Culpa des Gläubigers? L. 105. D. de V. O. Stipulatus sum, ***Damam aut Erotem servum dari;*** cum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama: an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit: secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id quod debebat solveret, continuo eum debito liberari. L. 55. D. ad leg. Aquil. 9. 2. Stichum aut Pamphilum promisi Titio; quum Stichus esset decem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesitum est de actione legis Aquiliae. Respondi: quum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio? utrum decem millium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora? Iam (Hal.: ***num***) pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor? (Die Ausgaben des corpus iuris [die Mommsen'sche ausgenommen] setzen hier gewiß unrichtig ein Comma oder Colon statt des Fragezeichens). Et sufficiet, fuisse pluris, quum occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse (§. 324.). — Ueberhaupt vgl. Vangerow III. §. 569. A. 2. Mommsen S. 308 fg.

## §. 275.

### b) Insbesondere bei gegenseitigen Obligationen.

Bei diesen findet die Regel des vorigen §. bezüglich der beiderseitigen Verbindlichkeiten Anwendung; ist dem einen ohne sein Verschulden die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich geworden, so kann der andere nicht Ersatz dafür von ihm verlangen. Dabei aber fragt sich, ob nun jener nichtsdestoweniger die mögliche Gegenleistung von Seiten des andern verlangen, das als Gegenleistung Empfangene behalten könne? Diese Frage ist zu bejahen bezüglich der durch bloße Einwilligung vollkommen verbindlich abgeschlossenen auf eine nachher unmöglich gewordene Sachleistung gerichteten gegenseitigen Schuldverträge[a]. „So wenig im Fall sofortiger Vollziehung eine Partei das Empfangene einbüßen würde, weil das von ihr Gegebene bei dem Empfänger zu Grunde geht, ebensowenig kann der rechtmäßige Aufschub der Vollziehung diese Wirkung haben, der Schuldner wird befreit und erhält die Gegenleistung"; was „im Falle alsbaldiger Leistung unzweifelhaft Rechtens ist, das soll auch Rechtens bleiben, wenn ein rechtmäßiger Aufschub der Leistung vorkommt, und zwar um so mehr, da ja dem Promittenten vom Augenblick des perfecten Vertrags an die freie Disposition über seine Sache entzogen

[a] L. 34. §. 6. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 5. §. 2. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 8. pr. D. de periculo. 18. [s. §. 71. A. 3.] 6. L. 6. Cod. eod. 4. 48. cf. L. 13..15 (12..14). D. de peric. L. 33. D. locati. 19. 2. —

ist"[1]. Soll jedoch die Gegenleistung die Vergeltung sein für die Zeit des Gebrauchs eines Gegenstandes, wie bei der Miethe, so besteht zwar der Anspruch auf die Gegenleistung fort, wenn dem dazu Verpflichteten durch einen ihn betreffenden Zufall der Gebrauch vereitelt wird[b], nicht aber auch, wenn ihm wegen eines den Gegenstand betreffenden Zufalls der Gebrauch nicht gewährt werden kann[c], entsprechend der Zeit, für welche dieser Fall eintritt[2].

Anm. [1] Puchta §. 302. [bei not. f.] und Vangerow 7. Aufl. III. S. 211. — Im R. R. ist dieses deutlich anerkannt in Beziehung auf den Kaufvertrag: vgl. not. a., insbesondere L. 34. §. 6. cit. Si emtio ita facta fuerit: *est mihi emtus Stichus aut Pamphilus*, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est, et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur; unus enim utique periculo emtoris vixit. Idem dicendum est etiam, si emtoris fuit arbitrium, quem vellet habere, si modo hoc solum arbitrio eius commissum sit, ut, quem voluisset, emtum haberet, non et illud, an emtum haberet. Sehr verschieden aber sind die Ansichten darüber, aus welchem Grunde diese Regel beim Kaufe angenommen und inwiefern sie daher auch auf andere gegenseitige Obligationsverhältnisse anzuwenden sei? Wächter a. a. O. [S. 189 fg.] Vangerow §. 591. A. IV. S. 207 fg. Fuchs a. a. O. S. 112 fg. 397 fg. Mommsen S. 329. 345 fg. und Erörtr. I. S. 29 fg. Windscheid a. a. O. S. 135 fg. und Pand. §. 321. A. 16..19. Keller in Bekker's Jahrb. IV. S. 364 fg. Ihering in d. dogm. Jahrb. III. S. 462 fg. Goose das. IX. 2. Stintzing das. X. S. 195 fg. Fr. Hofmann über das Periculum beim Kaufe. Wien 1870., (welcher den fraglichen Rechtssatz als einen singulären, [dem Wesen des gegenseitigen Vertrages] und dem heutigen Rechtsbewußtsein widerstreitenden Satz des R. R. scharf tadelt). Vgl. dazu [namentlich über die drei letztgenannten Schriften] Regelsberger in d. krit. Vjschr. XIII. 4. [S. 90 fg. Schirmer z. L. v. d. periculum casus bei Obligationen, Ztschr. f. Rechtsgesch. X. (1871) S. 70 fg.]; Gelbke zum Periculum beim Kauf, im civ. Arch. LIX. 12. [Brinz 2. Aufl. II. S. 319. Bechmann der Kauf I. S. 591 fg., II. S. 99 fg. Hartmann dogm. Jahrb. XXII. S. 441 fg.] — Bei unbenannten Contracten war sie nach R. R. schon durch deren eigenthümliche Natur (§. 235.) sehr eingeschränkt; da diese aber im heutigen Rechte nicht mehr besteht, so kommt es nur darauf an, ob jene ihrem Inhalt nach dem Kaufvertrage in der fraglichen Beziehung gleichzustellen? Fuchs S. 388 fg. Mommsen S. 387 fg. Windscheid §. 321. A. 18. 19. Vangerow a. a. O. S. 208 fg. — Abweichend vom R. R. sind neuere Gesetzg., auch das österr. b. Gesetzb. §. 1048..1051. 1064. vgl. Hofmann §. 11. 17..24. Legislative Erwägungen darüber: Reatz zur Lehre vom casuellen Untergang obligatorischer Rechte in Linde's Ztschr. n. F. XV. 11. Vgl. Lang Krit. des bayer. Entw. II. S. 75 fg. Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 175 (civ. Schr. III. S. 508) fg. Hofmann §. 14.

[2] Dieser Satz steht fest in Beziehung auf die Miethe von Sachen (not. c.),

[b] arg. L. 19. §. 9. L. 38. D. locati. 19. 2. [c] L. 9. §. 1. 4. L. 19. §. 6. L. 30. §. 1. L. 33. D. eod. cf. L. 15. 27. eod.

streitig aber ist es, wie es sich mit der Gegenleistung für versprochene **Dienstverrichtung** oder **Arbeit** verhalte, wenn die letzte dem Verpflichteten durch Zufall in seiner Person unmöglich wird? Vgl. a) L. 15. §. 6. D. loc. 19. 2. Item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur (repeteret), rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est. b) L. 19. §. 9. eod. Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imp. Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.“ §. 10. Papinianus quoque lib. IV. respons. scripsit, diem functo legato Caesaris, salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt (cf. L. 4. D. de off. adsess. 1. 22.). c) L. 38. eod. Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. §. 1. Advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. d) L. 1. §. 13. D. de extraord. cogn. 50. 13. Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. Nach der letzten Stelle geben Manche allgemein auch dem selbst Verhinderten noch Anspruch auf die Gegenleistung, z. B. **Mühlenbruch** §. 365. A. 7. 10. **Fuchs** a. a. O. S. 403 fg.; Andere dagegen finden darin nur eine singuläre Bestimmung über Advokatenlohn. **Vangerow** a. a. O. S. 215. **Puchta** §. 302. not. h. **Mommsen** a. a. O. S. 353 fg. und dazu **Windscheid** a. a. O. S. 138 fg. **Lang** a. a. O. S. 81 fg. [S. noch **Brinz** a. a. O.]

## §. 276.

### 2) Durch andere Umstände.

Wenn jedes Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Obligatio wegfällt, so hört diese selbst auf[a]. Wenn der Gläubiger dasjenige, was er unentgeltlich (ex causa lucrativa) zu fordern hat, auf unentgeltliche Weise anderweitig gewinnt[1], so fällt jene Forderung weg[b]. Durch Tilgung einer Hauptschuld wird von selbst auch die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen aufgehoben[c], es sei denn[d] die Befreiung des Hauptschuldners durch widerrechtliche Handlung des accessorisch Verpflichteten bewirkt worden[2].

Anm. [1] Die Regel über den sog. *concursus causarum lucrativarum* (not. b.) enthält L. 17. D. de O. et A. 44. 7. Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores

[a] L. 95. 97. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 32. D. locati. 19. 2. [b] §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. 7. 8. L. 82. pr. §. 4. 6. L. 108. §. 4. D. de legat. I. L. 73. 87. pr. D. de legat. II. L. 21. §. 1. D. de legat. III. L. 17. 19. D. de O. et A. 44. 7. L. 83. §. 6. L. 98. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 12. §. 18. D. de captiv. 49. 15. [c] L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. Cod. eod. 8. 40 (41). L. 43. D. de solut. 46. 3. [d] L. 88. D. de V. O. 45. 1. L. 95. §. 1. i. f. D. de solut. 46. 3. L. 32. §. 5. D. de usur. 22. 1. cf. L. 19. D. de dolo. 4. 3.

pervenisset. W. Sell über die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duar. caus. lucrat. Zürich 1839. [Mommsen Beitr. I. S. 255 fg. III. S. 413 fg.] C. Schmidt Diss. quid sit quod vulgo dicitur duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse? Berolini 1858. [Ders. in d. dogm. Jahrb. XX. 9. S. 411 fg.] Windscheid Pand. §. 360. A. 3 fg. Arndts in d. Fortsetzung von Glück's Erläutr. Bd. 46. S. 249..343. Hartmann d. Obl. Abschn. I. S. 3..114. [Parallele mit der Klagenconcurrenz: S. 66 fg. und Brinz 2. Aufl. II. S. 461., der mit Recht bemerkt, die Unverträglichkeit der mehreren lucrativen Erwerbsgründe erscheine in den Quellen als Gegenstand der Ueberlieferung, nicht der Discussion oder Begründung (S. 464.). Anders Wächter II. S. 428., der vielmehr meint, sie werde von den röm. Juristen aus der Natur der Sache abgeleitet.] Ueber die Anwendung der Regel bei Correalobligationen: Fritz in Linde's Ztschr. n. F. XIX. S. 69. Baron Gesammtrechtsvh. S. 334.

[2] Vgl. §. 357. A. 4.

## §. 277.

## H. Durch Verwirkung des Gläubigers und Verjährung.

Eine Forderung kann verwirkt werden durch unerlaubte Selbsthülfe[a], durch unstatthafte Cession[b], und durch Uebernahme der Vormundschaft über den Schuldner unter Verheimlichung der Forderung[c].

Endlich kann der Gläubiger seiner Forderung auch durch Versäumung der Klage verlustig werden, insofern nun deren Geltendmachung durch die Einrede der Verjährung ausgeschlossen wird.

Anm. [1] In Beziehung auf die Frage, wieweit sich die Wirkung der Verjährung einer Forderungsklage erstrecke (§. 111.), stehen sich zwei Hauptmeinungen gegenüber: a) Ungeachtet der Verjährung bleibe eine *naturalis obligatio* mit allen regelmäßigen Wirkungen bestehen, neuerdings u. a. vertheidigt von Francke Civ. Abh. Nr. 2. [S. 73 fg.] Guyet im civ. Arch. XI. 5. Savigny Syst. V. S. 366..407. Obl. I. S. 96 fg. Puchta §. 92. und Vorles. (4. Aufl.) I. S. 211 fg. 471 fg. (Beil. VI.) b) Die Verjährung hebe die Obligatio vollständig, mit allen Wirkungen der naturalis obligatio, auf, vertheidigt u. a. von Löhr im civ. Arch. X. S. 72 fg. Heimbach in Linde's Ztschr. I. 22. Vermehren das. II. 9. Büchel Civilr. Erörter. I. S. 1 fg. Dahn über d. Wirkung der Klagenverjährung bei Obligationen. München 1855. Vangerow I. §. 151. Sintenis §. 31. A. 57. Windscheid Pand. I. §. 112. A. 3..5. vgl. §. 350. A. 2. [Wächter I. S. 551 fg.] Mittelmeinungen sind: *a)* Es bleibe zwar eine naturalis obligatio, diese könne aber nicht zur Compensation gegen später entstandene Forderungen des Schuldners dienen: Mühlenbruch §. 481. [A. 16 fg.] Unterholzner Schuldverhältnisse I. S. 528 fg. 557., vgl. dessen Verjährungslehre II. S. 258. und dazu Schirmer in d. 2. Aufl. II. S. 293 fg. 300 A.; oder auch nicht mehr als Grundlage für Bürgschaft dienen: Keller Pand. §. 89.; oder sei nur noch insofern wirksam, als früher bestellte Pfandrechte und Bürgschaften noch verhaftet bleiben: Bekker im Jahrb. IV. 14. Schwanert Naturalobl.

[a] §. 94. not. d..g. [b] §. 258. A. 3. cf. §. 259 not. c. [c] Nov. 72. cap. 4.

§. 22. S. 452 fg. β) Nur bei den nach dem prätorischen oder aedilitischen Edict auf eine gewisse Frist beschränkten Ansprüchen bleibe nach Ablauf der Frist auch keine natürliche Schuldverpflichtung übrig. Unterholzner a. a. O. arg. L. 1. §. 3. D. quando annalis. 15. 2. L. 1. §. 7. D. de contr. tut. 27. 4. L. 6. D. de O. et A. 44. 7. L. 37. D. de fideiuss. 46. 1. L. 18. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. L. 25. §. 1. D. rat. rem. 46. 8. Vgl. Donelli comment. XVI. cap. 8. §. 21. 22. XXII. cap. 2. §. 18., nach welchem in diesem Fall die Obligatio ipso iure, nicht per exceptionem, erlöschen soll, welchem beistimmten Brinz krit. Bl. Nr. 3. S. 14., Demelius Untersuchungen S. 65 fg. 106 fg. vgl. Bruns in d. Ztschr. für Rechtsgesch. I. S. 71 fg. [Kl. Schr. I. S. 259 fg.] Dagegen Savigny Syst. V. S. 372. Schirmer a. a. O. Das bedeutendste Argument für die schwächere Wirkung (nach a.) gibt der Umstand, daß nach L. 7. Cod. de praescript. 30. annor. 7. 39., die Pfandklage unter Umständen erst in längerer Zeitfrist verjährt, wie die persönliche Klage; das stärkste Argument für die stärkere Wirkung (nach b.) liegt in der Erwägung, daß der Zweck der Klagenverjährung ganz vereitelt werde, wenn eine verjährte Forderung immer noch zur Compensation gegen eine später entstandene Forderung benutzt werden könnte, welchem die Mittelmeinung unter α) zu entgehen sucht. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. II. 163. IX. 253. XIII. 8. XIV. 19. XV. 118. — Vgl. noch Hasler d. Wirkung der Verjährung bei der Schuldklage. Zürich 1872. — Windscheid Pand. 4. Aufl. §. 112. Brinz Pand. 2. Aufl. §. 114 a. E. [Grawein Verj. und gesetzl. Befristung. S. 7 fg. und §. 8.; dazu Schwalbach dogm. Jahrb. XX. S. 268. Note 3. Ryck d. L. v. d. Schuldverh. S. 41 fg.]

[2] Die Unterbrechung der Verjährung durch einen Correal-Gläubiger oder gegen einen Correal-Schuldner wirkt für, beziehungsweise gegen alle. L. 4 (5). Cod. de duob. reis. 8. 39 (40). Vgl. Rückert in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 53. Kuntze d. Obl. S. 193. Fitting Correalobl. S. 78. 252. Baron Gesammtrechtsvh. S. 290. Savigny Obl. I. S. 194 fg. „Wenn einer von mehreren Correalgläubigern stirbt und einen unmündigen Erben hinterläßt, so ist dessen Klagrecht einstweilen aller Verjährung entzogen, während für die Klagen seiner Mitgläubiger die Verjährung stets fortgeht und also auch ablaufen kann ... Jenes günstige Verhältniß des Unmündigen hat eine rein persönliche Natur ... Das Correalverhältniß kann also in diesem Fall eben so wenig eine Begünstigung des Unmündigen verhindern als den Ablauf der Verjährung gegen die Mitgläubiger."

[3] Mit der Hauptforderung ist auch die Zinsforderung verjährt; diese kann aber auch für sich verjähren (§. 107. not. c. d.). Außerdem wird langjährige Nichteinforderung verfallener Zinsen, aus Rücksicht gegen den Schuldner, als stillschweigender Erlaß angesehen. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 54. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. Sintenis §. 87. A. 17.

# Zweites Capitel.

## Von einzelnen Schuldverhältnissen.

### §. 278.

Die Theorie kann sich nicht zur Aufgabe setzen, alle möglichen Schuldverhältnisse nach ihrer Besonderheit darzustellen; denn diese sind von unerschöpflicher Manchfaltigkeit, und der Rechtsverkehr kann deren immer neue von eigenthümlicher Gestaltung hervorbringen, die alsdann nach den allgemeinen Grundsätzen oder nach Analogie verwandter Verhältnisse zu beurtheilen sind. Es gibt aber viele besonders ausgebildete Arten von obligatorischen Verhältnissen, deren Natur und Wirkung im Allgemeinen durch das Recht näher bestimmt ist. Diese sind theils von selbständiger Bedeutung, theils beziehen sie sich als accessorische Rechtsverhältnisse auf andere Forderungen, zu deren Sicherheit sie dienen. Die letzten finden ihren Platz im folgenden Capitel; die Darstellung der ersten macht den Inhalt dieses Capitels aus. Man kann diese nach verschiedenen Gesichtspunkten eintheilen. Sieht man aber auf den Inhalt der einzelnen Arten von Schuldverhältnissen im Ganzen, nicht blos auf den Inhalt der einzelnen Forderungen, welche für die eine oder die andere Partei sich daraus ergeben, so möchte wohl vorzugsweise eine Eintheilung nach den Entstehungsgründen als angemessen erscheinen, indem die Verschiedenheit derselben vorzugsweise für das Wesen der Schuldverhältnisse bestimmend ist, ohne jedoch diesen Eintheilungsgrund so ausschließlich festzuhalten, daß man nicht Schuldverhältnisse von nahe verwandtem Inhalt auch ungeachtet der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes mit andern zusammenstellen dürfte. Demnach soll in diesem Capitel 1) von Obligationen aus Verträgen und verwandten Verhältnissen die Rede sein, 2) von Obligationen aus unerlaubten Handlungen, und 3) von den übrigen Fällen. Unter den ersten aber werden zunächst wieder unterschieden a) einseitige Schuldverhältnisse, theils schlechthin einseitige, theils mit der Möglichkeit daraus sich ergebender Gegenforderungen (§. 212.), b) wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse. Ausgeschlossen werden hier diejenigen Schuldverhältnisse, die in wesentlichem Zusammenhange mit anderen Lehren, mit dem Familienrecht oder Erbrecht, stehen.

[Anm. Wesentlich abweichend die Gliederung des Systems der „Obligationen im Einzelnen" in der verdienstlichen Darstellung bei Brinz Pand. 2. Aufl. II. 2. §. 293 fg.:

I. Reipersecutorische Obl. A. Schulden. 1. Initialschulden. a. Causalschulden. b. Formalschulden. 2. Eventualschulden. B. Haftungen und Verbindlichkeiten. II. Delictsobl. (Schulden.) (Drbr. Czyhlarz in d. Wiener Ztschr. XI. S. 628 fg.)]

# I. Obligationen aus Verträgen und verwandte Verhältnisse.

## A. Einseitige Obligationen.

### §. 279.

#### 1) Das Schenkungsversprechen.

Ein in der Absicht, zu schenken, gegebenes Versprechen, sofern die Erfordernisse einer gültigen Schenkung (§. 81.) vorhanden sind, erzeugt eine Klage auf Erfüllung, die man condictio ex lege 35. Cod. de donat. zu nennen beliebt[a]. Der Schenker haftet nach §. 250. nur für grobes Verschulden[b]. Verzugszinsen braucht er nicht zu zahlen[c]. Auch steht ihm die Rechtswohlthat des Nothbedarfs zu, unter Berücksichtigung selbst seiner anderweitigen Schulden[d].

[Anm. Ueber die Haftung des Schenkers: Mommsen Erört. II. S. 71 fg.]

#### 2) Das Darlehen.

### §. 280.

#### a) Begriff und Wirkung[a].

Der Darlehensvertrag (*mutuum*), ein Realcontract[b], verschieden[c] von dem sog. pactum de mutuo dando[1], besteht in der Hingabe vertretbarer Sachen zum Eigenthum[1a], in eigener Person oder durch einen Stellvertreter[2], unter Verabredung künftiger Rückgabe[2a] einer gleichen Quantität[d]. Diese Rückzahlung zu erwirken[3], wenn auch das Gegebene dem Empfänger durch Zufall verloren ging[e], dient dem Darleiher die Darlehensklage[3a], sog. condictio ex mutuo, nach römischem Recht eine actio stricti iuris[f], die aber nach heutigem Recht auch auf Verzugszinsen gehen kann[g]. Eine gleiche Schuldverbindlichkeit kann jedoch auch entstehen, obwohl das Eigenthum der vertretbaren Sachen nicht sofort durch die Hingabe[h] oder nicht unmittelbar von dem Darleiher[i] an den Empfänger gekommen, wenn nur im Erfolg dasselbe erreicht ist[4].

[a] §. 81. not. h. [b] L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. [c] L. 22. D. eod. [d] L. 19. §. 1. D. de re iud. 42. 1. §. 225. A. 2. u. 4. b.

[a] Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. de rebus creditis et iureiurando. 4. 1. si certum petatur. 4. 2. [b] pr. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. [c] cf. L. 30. D. h. t. [d] L. 2. D. h. t. [e] L. 1. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. [f] pr. J. l. c. L. 9. D. h. t. [g] §. 210. A. 3. §. 251. A. 3. [h] L. 11. §. 2. L. 12. 13. 19. §. 1. D. h. t. § 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. [i] L. 9. §. 8..L. 11. pr. L. 15. D. h. t.

Anm. [1] Darüber vgl. Seuffert's Arch. II. 165. IV. 32. X. 37. XIII. 138. XIX. 35. [Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 176. a. A. §. 179. Storch d. heut... Darlehensvertrag u. d. Bedeutung der L. 20. D. 12. 1. für denselben. 1878. Kohler Darlehen u. Vorvertrag in Ges. Abh. I. Nr. 2. S. 44..62.]

[1a Huschke (A. 4. a. E.) S. 8 fg.: „Das Mutuum ist, der einzige unter den benannten Realcontracten, ... ein Vermögensgeschäft, nicht, wie die übrigen, ein Sachgeschäft ... Dem Mutuum ist es .. wesentlich, daß die Sachen als generische zu verbrauchende nicht sowohl aus dem Eigenthum als aus dem Vermögen des Darleihers hingegeben werden ... und ebenso andererseits nicht sowohl in das Eigenthum als in das Vermögen des Empfängers übergehen, ... und somit der Darleiher eine ... abstract gegen das Vermögen des Empfängers gerichtete Obligation auf das Geben einer gleichen Quantität desselben Genus von Sachen erhält ...“ Dazu aber Brinz krit. Vjschr. XXV. S. 185 fg.]

[2] Darüber insbesondere Ihering in d. Jahrb. für Dogm. II. S. 87 fg. [Schloßmann in d. Wien. Ztschr. IX. 10. S. 505 fg.] vgl. oben §. 246. A. 3. a. E.

[2a Eine solche muß nicht in Aussicht genommen sein bei dem *promutuum*, Vorschuß: Hier gibt A dem B in Voraus als Darlehen, was künftighin B von A als Schuld zu fordern hätte; die Rückerstattung geschieht hier durch Compensation. Huschke S. 14 fg.]

[3] Ueber die Zeit der Rückzahlung, insbesondere im Fall verabredeter Kündigung, vgl. Seuffert §. 310. Seuffert's Arch. V. 273. Ueber Versprechen der Rückzahlung „nach Gelegenheit“, „nach und nach“, „wenn es dem Schuldner passe“, „wenn er dazu im Stande sei“: das. IX. 15. XII. 233. XIV. 121. XV. 7. 218. Die Verabredung, daß die Rückzahlung erfolgen solle, „wenn der Gläubiger das Geld vonnöthen hat“, stellt die Bestimmung der Zahlungszeit in das Ermessen des Darleihers: Seuffert's Arch. II. 33.

[3 Vgl. Baron Abhdlg. aus dem römischen Civil-Proc. I. S. 33 fg. Huschke S. 198 fg.]

[4] [Brinz Pand. 2. Aufl. II. S. 474 fg.: „Ohne etwas bekommen zu haben, wird man nicht Darlehensschuldner ... Indessen ... kommt mehr auf den Erfolg als das Mittel an, mehr darauf, daß der Zweck des Darlehens erreicht, als daß der Eigenthumsübergang eingetreten ist ... Ferner muß bekommen, wer Schuldner werden soll, und er muß von Demjenigen bekommen, der Gläubiger werden soll. Allein auch das muß im freiesten Sinne des Wortes verstanden werden.“] Vgl. a) L. 11. §. 2. D. h. t. Si fugitivus servus nummos tibi crediderit ... vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi; quodsi sine dolo malo consumsisti, condicere tibi potero. L. 13. §. 1. eod. Si alienos nummos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris, quam eos consumseris. Cf. L. 56. §. 2. D. de fideiuss. 46. 1. L. 24. pr. §. 2. D. de O. et A. 44. 7. Sog. *condictio de bene depensis* (not. h.). b) L. 11. pr. h. t. (Ulpian.) Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, quum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris; si vendideris, puto mutuam pecuniam factam; cf. L. 19. pr. D. de praescript. verb. 19. 5. Sog. contractus *mohatrae!* vgl. Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis, v. *Mohatra* „vox portentosa, qua significatur contractus, *quo,* inquit Escobarius, *quis egens pecunia, emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio, et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit.* Idem *Barata* interdum dicitur“. c) L. 15. h. t.

(Ulpian.) Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, quum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Cf. L. 3. §. 4. D. de Sc. Maced. 14. 6. — L. 6. Cod. si certum pet. 4. 2. Anderer Meinung war in Beziehung auf b. und c. der ältere Rechtsgelehrte Africanus nach L. 34. pr. D. mand. 17. 1. Savigny I. S. 281. [A. 5.], vgl. Römer die bedingte Novation S. 8 fg., welcher L. 34. cit. nur in Beziehung auf c. als widersprechend anführt, und Heimbach d. L. vom Creditum S. 279 fg., welcher sogar die Annahme eines Widerspruchs überhaupt für ein altes Vorurtheil erklärt, das sich durch seine Interpretation von selbst erledige (?). [Vgl. übhpt. Hruza Novation S. 35 fg. Huschke bes. S. 57 fg.] Ueber die Ausdehnung von c. auf Forderungen ex omni contractu (Novation durch Darlehensvertrag?), insbesondere Anwendung auf den Fall einer Schuldforderung nach Abrechnung: Bähr in d. dogmat. Jahrb. II. S. 425 fg. Sintenis II. §. 105. A. 2. §. 108. A. 10. Römer a. a. O. S. 15 fg. [Hruza S. 88 fg.] Seuffert's Arch. I. 335. II. 35. 36. III. 105. V. 127. 274. XIII. 17. XIV. 16. 17. d) L. 32. D. h. t. (Iuventius Celsus.) Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto: si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi; hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea (quae) ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est. Sog. *condictio Iuventiana*. Seuffert's Arch. X. 253. — Ueberhaupt vgl. Heimbach d. Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1849. S. 131 fg. Dieses „weitschweifige Werk ... enthält im Widerspruch mit seinem Titel nur eine (auf Savigny's System V. Beil. XIV. gegründete) Darstellung des reinen römischen Rechts und Processes". Rudorff zu Puchta §. 304. not. a. [Neuestens: Huschke d. L. d. R. R. vom Darlehn und den dazu gehörigen Materien. 1882. (Trbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XXV. S. 184 fg. Pfersche in d. Wiener Ztschr. X. S. 189 fg.)]

## §. 281.

### b) Beweis des Darlehens [1].

In Beziehung auf den Beweis des Darlehens hat das römische Recht eine besondere Rechtsvorschrift [a]. Die Beweiskraft eines schriftlichen Schuld- und Empfangsbekenntnisses [2] über das Darlehen [3] kann innerhalb der nächsten zwei Jahre [4] nach seiner Ausstellung beseitigt werden durch die **Behauptung** des Ausstellers, daß die bescheinigte Auszahlung [5] wirklich nicht stattgefunden habe, *querela* non numeratae pecuniae, sei es daß er diese als sog. *exceptio* non numeratae pecuniae [6] gegen die Klage des angeblichen Gläubigers vorbringe [b], oder

[a] Cod. de non numerata pecunia 4. 30. cf. J. de literarum obligatione. 3. 21. [b] L. 7. 8. § 1. (L. 8.) L. 9. 14. 16. Cod. h. t.

wegen Nichtempfanges auf **Rückgabe des Schuldscheins** klage[c], oder durch eine schriftlich dem Gegner zugestellte oder gerichtlich erklärte **Verwahrung**[d] den Inhalt des Schuldscheins bestreite. Der Gegner wird dadurch genöthigt, dessen Wahrheit durch andere Beweismittel zu beweisen[e], soll aber dann auch, falls ihm dieses gelingt, den doppelten Betrag der geleugneten Schuld zu fordern berechtigt sein, ausgenommen, wenn der Schuldner in Folge des Eidesantrags die Schuld eingesteht[f]. Nach Ablauf jener Zeitfrist, wenn solche Anfechtung unterblieben ist, erhält die Urkunde volle Beweiskraft[g], ohne jedoch den Gegenbeweis, ausgenommen durch Eidesantrag[h], auszuschließen[7]. Schon vorher gilt dasselbe, nachdem der Schuldner die Wahrheit des Bescheinigten ausdrücklich oder stillschweigend, namentlich durch theilweise Rückzahlung oder Zinszahlung, anerkannt[i], oder auf die Beschwerde verzichtet hat[8]. [Nach H.G.B. Art. 295 und Einf. Ges. zur R.C.Pr.O. §. 17 ist jedoch jetzt „die Beweiskraft eines Schuldscheins ... an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden." Es müßte also nun der Aussteller den Beweis erbringen, daß er das Darlehen nicht empfangen habe. Damit sind auch die romanistischen Bestimmungen über die nach zwei Jahren erhöhte Beweiskraft des Schuldscheins beseitigt.[9]]

Anm. [1] Vgl. überhaupt **Unterholzner** im civ. Arch. VII. 1. **Cropp** in seinen und Heise's Abh. I. 18. **Gneist** die formellen Verträge, S. 1..110. 283 fg. **Heimbach** a. a. O. S. 633 fg. Eine neue Ansicht über die exceptio non num. pec. entwickelte **Einert** über das Wesen und die Form des Litteralcontracts ... und Vergleichung desselben mit dem Wechsel (1852.), wornach sie „einzig und allein bei Formalcontracten Anwendung finde" und „außer den Fällen, wo der Beklagte mit der actio ex stipulatu oder der actio ex litterarum obligatione angegriffen oder bedroht war, im römischen Proceß niemals angewendet werden konnte" [S. 29.], und nicht stattfand, wo die Urkunde das Bekenntniß des Empfangs oder der Zahlung als des eigentlichen Obligationsgrundes enthielt. Dagegen [**Fick** in d.] Heidelb. krit. Ztschr. I. S. 479 fg. Eine von der bisher herrschenden wesentlich abweichende Ansicht stellte sodann **Bähr** auf, in seiner Schrift über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 291 [2. Aufl. S. 327] fg., (vgl. **Arndts** in der krit. Ueberschau IV. S. 36 fg. civ. Schr. I. S. 348 fg.), indem er, in dem Schuldschein einen Formalvertrag erkennend (§. 233. A. 8.), diesem innerhalb der zweijährigen Frist nur die Verpflichtungskraft, nicht aber dem im Schuldschein etwa zugleich enthaltenen Empfangsbekenntniß die Beweiskraft abspricht, wogegen **Brinz** Pand. 1. Aufl. S. 428 fg., obwohl in jener Auffassung mit ihm übereinstimmend, die gemeine Meinung noch vertheidigt (gegen diesen wieder **Bähr** in d. Jahrb. f. Dogm. II. S. 346.). **Schlesinger** hingegen (zur Lehre von den

[c] L. 7. eod. L. 4. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. [d] L. 14. §. 4. Cod. h. t. cf. Nov. 100. cap. 1. Auth. *hanc autem* ad L. 14. Cod. h. t. [e] L. 3. Cod. h. t. [f] Nov. 18. cap. 8. Auth. *contra* ad L. 4. Cod. h. t. §. 252. A. 1. a. [g] §. un. J. l. c. L. 8. §. 2. (L. 8. i. f.) L. 14. pr. Cod. h. t. [h] L. 14. §. 3. Cod. h. t. cf. L. 13. eod. L. 4. Cod. de dot. promiss. 5. 11. [i] L. 4. Cod. h. t. cf. L. 14. §. 1. eod.

Formalcontracten u. s. w. S. 180 fg.), obwohl die Bähr'sche Theorie von der Verpflichtungskraft der Urkunde bestreitend, verwirft doch die gemeine Meinung ebenfalls, indem er zur Anfechtung des Schuldscheins innerhalb der gesetzlichen Frist von Seiten des Ausstellers vor allem den Beweis erfordert, daß jener vor wirklicher Auszahlung ausgestellt worden sei. Dagegen Windscheid in krit. Vjschr. I. S. 109 fg. Pand. §. 372. A. 15. Witte die Bereicherungsklagen S. 225 fg. Herold im prakt. Arch. VI. S. 429 fg. Sintenis II. §. 96. A. 28. (vgl. oben §. 262. A. 2.). Siehe auch Schletter's Jahrb. VI. S. 25. [und jetzt besonders Huschke a. a. O. S. 91.. 148. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 311.]

[2] Nicht anwendbar ist die Vorschrift: a) wenn die Urkunde die Schuld als aus einem andern Schuldverhältniß herrührend bezeichnet, L. 5. 13. Cod. h. t. vgl. §. 280. A. 4. c. Seuffert's Arch. I. 335. V. 274. VI. 178. X. 254. XII. 262. XIV. 17., oder b) das Bekenntniß enthält, daß die Auszahlung schon in einer früheren näher bezeichneten Zeit geschehen sei, sowie c) wenn eine öffentliche Urkunde die Auszahlung als vor der beglaubigenden Autorität geschehen bezeichnet. §. 262. A. 2.; vgl. Seuffert §. 311. A. 3. 11. Seuffert's Arch. II. 34. IV. 31. X. 38.

[3] Manche erstrecken die Vorschrift auch auf andere Empfangscheine, ausgenommen über ein Depositum, arg. L. 14. pr. §. 2. Cod. h. t. Unterholzner a. a. O. S. 19. Dagegen L. 5. 7. Cod. h. t. Seuffert A. 8. Gneist S. 294 fg.

[4] Ueber das ältere Recht: L. 1. Cod. Hermogen. tit. I. Ex cautione (l. *exceptionem*) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus. L. 14. pr. Cod. h. t.

[5] Auch sofern der Aussteller weniger, als geschrieben ist, empfangen zu haben behauptet, findet die Regel Anwendung. L. 2. 9. Cod. h. t.

[6] Eine eigentliche Exceptio ist dies nicht [sondern negative Litiscontestation, da damit nur der Empfang des Darlehens geleugnet wurde; sie konnte aber Exceptio] nach R. R. sein, wenn, wie üblich, wegen Rückzahlung des Darlehens zugleich eine Stipulation stattgefunden hatte. L. 1. 2. 7. 8. 9. Cod. h. t. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. Gai. IV. 116a. (116.) Vgl. Gneist S. 8. 265 fg. Witte S. 217 fg. [Dagegen wahrt Huschke S. 130 der exc. n. n. p. den Charakter der wahren exceptio, der ihr allerdings nicht bestritten werden kann, wenn der Darlehensschuldschein eine selbständige Litteralobligatio begründete. Vgl. Brinz a. a. O. (§. 311. d. 2. Aufl.)]

[7] Vgl. §. 262. A. 2. a. E. Eine strengere Meinung wird u. a. noch vertheidigt von Cropp a. a. O. §. 11. 31 fg. Mühlenbruch §. 376. A. 5. 6. Gneist S. 89 fg. [Wächter II. S. 438.] Eine Hauptstütze dafür ist §. un. J. l. c. cf. Theophil. ad h. l. Vgl. auch Heimbach a. a. O. S. 679 fg. Gegen Gneist: Fick a. a. O. S. 495 fg. vgl. Seuffert's Arch. VI. 179. VII. 169. VIII. 250. XVI. 107. XVII. 180. XX. 125.

[8] Seuffert's Arch. IV. 30. V. 276. Ob auch der in der Urkunde selbst erklärte Verzicht diese Wirkung habe? Puchta §. 305. not. n. Vorles. ad h. l. Dagegen, mit der herrschenden Meinung, Seuffert §. 311. A. 12. „Dergleichen Entsagungsclauseln werden . . . leicht stehende Artikel in den Schuldurkunden, auf welche man kein Gewicht legen kann"; vgl. Seuffert's Arch. VI. 26. X. 38. XII. 262., jedoch ausgenommen den Fall eidlich bekräftigten Verzichts. Sintenis §. 96. A. 44. — Uebrigens können auch Erben und Bürgen sich der querela non num. pec. bedienen, L. 8. 12. Cod. h. t.; nicht auch ein durch Novation eingetretener neuer Schuldner, L. 6. Cod. h. t.

[[9] Baron 3. Aufl. §. 231 a. E. Mandry Reichsges. S. 332. 2. Aufl. S. 314.]

## §. 282.

### c) Beschränkung des Darlehens.

Nach dem Sc. Macedonianum[a] erzeugt das Gelddarlehen[b] an ein in der väterlichen Gewalt befindliches Kind[c] keine wirksame Klage[1]; diese wird durch exceptio Sc. Macedoniani ausgeschlossen[d], die nicht nur dem Empfänger selbst, nach wie vor Aufhebung der väterlichen Gewalt[e], sondern auch dem Erben und dem Vater desselben[f], gegen die Klage aus dem Darlehen[g] zusteht, sowie dem Bürgen, sofern er wegen geleisteter Zahlung einen Rückanspruch an den Hauptschuldner hätte[h], überall jedoch ohne auch die Wirkungen der naturalis obligatio auszuschließen[i], und unwirksam gegen das Restitutionsgesuch eines minderjährigen Darleihers[k]. Außerdem fällt die Berufung auf das Sc. Maced. noch aus verschiedenen Gründen, theils überhaupt[2], theils für den Empfänger des Darlehens[3], weg[4].

Anm. [1] L. 1. pr. h. t. Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus* (Vulg. *hominibus*) *praestaret qui* (Hal. *quum*) *pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.* — Dietzel das Sc. Macedonianum. Leipzig 1856. Ueber die geschichtlichen Beziehungen: Rudorff Röm. Rechtsgesch. I. S. 122 fg. [Keller Instit. §. 129. Huschke Darlehn S. 149..155.] Vgl. Windscheid §. 373., wo auch noch eine Inauguraldiss. von Dueckers de Sc. Maced. 1866. als gut angeführt ist. Ryck das Creditiren an Minderjährige und Kinder in der väterl. Gewalt, im civ. Arch. LIII. 3. [Mandry Gem. Familiengüterrecht I. S. 431..524. Huschke a. a. O. S. 155..195. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 297; krit. Vjschr. XXV. S. 208 fg.]

[2] Dies ist der Fall: a) wenn der Vater die Aufnahme des Darlehens veranlaßt oder hinterher, sei es auch stillschweigend, z. B. durch theilweise Zahlung, genehmigt hat. L. 7. §. 11. 15. L. 12. 16. D. h. t. L. 2. 7. pr. Cod. eod. (vgl. Seuffert's Arch. IV. 29.); b) wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen oder auch nur hinterher dazu verwendet worden ist, sei es auch zur Bestreitung von dem Vater obliegenden Ausgaben für das Kind. L. 7. §. 12. 13. D. h. t. L. 2. 5. Cod.

[a] Dig. de senatusconsulto Macedoniano. 14. 6. Cod. ad Sc. Maced. 4. 28. cf. §. 7. J. quod cum eo. 4. 7. Theophil. ad h. l. [b] L. 1. pr. L. 3. §. 2. 3. L. 7. pr. §. 3. L. 13. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 1..3. L. 3. §. 4. L. 9. §. 2. L. 14. eod. L. 6. §. 1. Cod. h. t. [d] L. 11. D. h. t. [e] L. 1. pr. §. 2. L. 7. §. 4. 5. D. h. t. [f] L. 7. §. 10. D. h. t. L. 6. pr. Cod. eod. [g] L. 3. §. 2. D. h. t. [h] L. 9. §. 3. eod. cf. L. 2. in f. D. quae res pign. 20. 3. — L. 7. §. 11. D. h. t. [i] L. 9. §. 4. (4. 5.) L. 10. D. h. t. L. 19. pr. L. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. cf. $\alpha$) L. 19. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. L. 13. D. h. t. $\beta$) L. 9. §. 1. eod. L. 14. D. de reb. cred. 12. 1. L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. 12. 6. $\gamma$) L. 18. D. h. t. [k] L. 3. §. 2. eod. L. 11. §. 7. D. de minor. 4. 4. cf. L. 34. pr. eod.

h. t. cf. L. 47. §. 1. i. f. D. de solut. 46. 3. Windscheid A. 11; c) wenn dasselbe geschah zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse oder zur Bezahlung anderer nicht durch Einrede beschränkter Schulden. L. 47. §. 1. cit. L. 7. §. 14. D. h. t. [Eine wichtige Verbesserung der Leseart der letzten Stelle: „.. liberaret *ab eo*“ bei Huschke S. 168.] (vgl. Seuffert's Arch. XI. 229.); d) wenn der Darleiher den Darlehensempfänger aus entschuldbarem Irrthum für selbständig hielt: L. 3. pr. L. 19. D. h. t.; jedoch L. 7. §. 7. D. h. t. Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. Sed et si alteruter eorum ignoravit, in patris esse potestate, severius (nicht *potestate se, verius*) dicendum est, utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi. Schwanert Naturalobl. S. 358. A. 58. [Huschke S. 158 liest nun: *verius dicendum est SC.* (daraus entstand das *se*) *utrique nocere.*]; e) wenn der letzte zur Zeit des Darlehens Soldat war. L. 7. §. 1. Cod. h. t. Dies wird jedoch bestritten z. B. von Mühlenbruch III. §. 575. A. 22. Puchta §. 306. not. t. (vgl. A. 3. a.); der letzte nennt dies mit Unrecht „ein privilegium *odiosum* militum, welches alle Wahrscheinlichkeit gegen sich habe“. Vangerow I. §. 245. (7. Aufl. S. 457.). [Brinz §. 297 bei u. in A. 6 fg. u. S. 487 fg.: „Das Soldatenthum bringt eine Art Emancipation mit sich.“ Pract. Arch. N. F. XII. S. 170 fg.]

[3] Dies ist der Fall: a) wenn der Empfänger zur Zeit des Darlehens ein peculium castrense oder quasi castrense hat (nicht blos, wenn das Darlehen für dieses gemacht wurde, wie Mühlenbruch §. 575. A. 21. annimmt), soweit dasselbe reicht. L. 1. in f. L. 2. D. h. t. (Analoge Anwendung davon im Fall der Haussohn Rechtsanwalt war: Seuffert's Arch. XV. 20.; ob dasselbe auch auf das sog. peculium adventitium irregulare Anwendung finde? Vangerow I. §. 245. A. 1. a. Schwanert Naturaloblig. S. 344.; dagegen Seuffert §. 312. A. 11. [Brinz A. 12.]; ob sogar auf das sog. peculium adv. regulare? Dietzel S. 151 fg., dagegen Vangerow, Schwanert a. a. O. A. 12.). Vgl. Windscheid A. 6.; b) wenn und soweit der Empfänger, nachdem er Paterfamilias geworden, die Schuld genehmigt hat. L. 2. Cod. h. t. Dabei fragt sich, ob theilweise Zahlung als stillschweigende Anerkennung der ganzen Schuld die Exceptio rücksichtlich des Restes ausschließe? verneint von Puchta §. 306. not. cc. Schwanert S. 352 fg., bejaht von Francke Civ. Abh. S. 125 fg. Vangerow §. 245. A. 1. b. [Brinz A. 46.] Vgl. L. 7. §. 15. 16. D. h. t. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Hoc amplius cessabit Sc., si pater solvere coepit quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit. §. 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit Sc., nec solutum repetere potest; L. 8. eod. (Paul. ad edictum): quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. L. 9. pr. eod. (Ulp. lib. 29. ad edictum). Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. Cf. L. 9. §. 4. eod. Vgl. Windscheid A. 17., welcher mit Dueckers p. 122. sq. behauptet, daß nur durch vertragsmäßige Anerkennung die Einrede ausgeschlossen werde. — Ueber die Wirkung einer Novation: L. 2. Cod. cit. cf. L. 20. D. h. t. cf. L. 19. D. de novat. 46. 2. Schwanert S. 355 fg.

[[4] Brinz Pand. 2. Aufl. II. S. 492: „Bei uns ist das SC. Mac. nie recht heimisch geworden; vielleicht wäre es niemals aufgekommen, wenn die Emancipationen in Rom so regelmäßig und in so jungen Jahren des Kindes stattgefunden hätten, wie bei uns.“]

### §. 283.
#### d) Verzinsliches Darlehen.

Mit der Darlehensverbindlichkeit kann eine Zinsverbindlichkeit [§. 207 . . 210.] verbunden sein; die letzte versteht sich aber nicht von selbst und ist kein Bestandtheil der ersten[a]. Statt der Zinsen kann auch, nach römischem Recht freilich nur durch Stipulation, geradezu Rückzahlung einer größeren Summe gültig verabredet werden[b], nur nicht zum Zweck ungesetzlichen Zinswuchers[c]. Uebernimmt aber der Darleiher die Gefahr des dargeliehenen Geldes, es sei für eine Seefahrt, *pecunia traiectitia*, *foenus nauticum*[d], oder mit Rücksicht auf eine andere gefahrvolle Unternehmung, sog. foenus quasi nauticum[e], so kann dafür eine höhere Summe mit Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsmaßes als Prämie ausbedungen werden[f].

Anm. [Auch das Seedarlehen verdankt dem griechischen Seerechte (vgl. §. 316.) seine Ausbildung: s. Hermann (Stark) Lehrb. d. griech. Privatalterthümer §. 49. N. 5—8, und die Literatur ebd. N. 5.] Nach älterem R. R. war das foenus nauticum für die Dauer der Gefahr ganz unbeschränkt. Pauli sent. II. 14. §. 3. Justinian beschränkte es auf centesimae usurae (§. 209. A. 1.), gestattete dann aber diese Zinsen in Nov. 106. bis zur Rückzahlung, was jedoch durch die nichtglossirte Nov. 110. wieder aufgehoben wurde. Nach heutigem Recht [vgl. jetzt auch oben §. 210. A. 5.] findet diese Beschränkung nicht mehr statt. Eichhorn Einl. in d. deutsche Privatr. §. 107. a. E. 114.; vgl. Windscheid §. 371. A. 8. 9. [Kleinschmidt d. foen. naut. und dessen Bedeutung im R. R. 1878. Matthiaß d. foen. naut. und d. geschichtl. Entw. der Bodmerei. 1881. Jhering in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 2 fg. Huschke a. a. O. S. 221 fg. u. vorzüglich Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 298.: „. . . eine eigene Species von Creditgeschäften" (bei A. 15.), „Foenus naut. und quasi naut. sind aleatorisch, nicht assecuratorisch . . . Bei der Assecuranz bekommt der Versicherte, wenn der Unfall eintritt, beim foen. naut., wenn er nicht eintritt." (bei und in A. 34.)] — Einen interessanten hieher gehörigen Rechtsfall betrifft L. 122. §. 1. D. de V. O. 45. 1., worüber zu vgl. Huschke das Schiffsdarlehn des Kallimachus, in Linde's Ztschr. n. F. X. 1. Goldschmidt Unters. zur L. 122. §. 1. D. de V. O. 1855. [u. Ztschr. f. Handelsrecht IX. S. 287 fg.].

### 3) Obligationen auf Rückerstattung bestimmter Sachen.

### §. 284.
#### a) Leihvertrag. Commodatum.

Der Leihvertrag, Commodatum[a], besteht darin, daß einer (Commodant) dem andern (Commodatar) eine bewegliche oder unbewegliche

[a] L. 1. 3. Cod. de usur. 4. 32. vgl. §. 280. not. g. [b] L. 11. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 17. pr. D. de pactis. 2. 14. [c] §. 209. not. d. [§. 210. A. 5. 6.] [d] Dig. de nautico foenore. 22. 2. Cod. 4. 33. [e] L. 5. D. h. t. [f] L. 4. pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t. cf. L. 26. §. 1. Cod. de usur. 4. 32. Nov. 106. 110.

[a] Dig. commodati vel contra. 13. 6. Cod. de commodato. 4. 23. X. 3. 15.

Sache[b] **unentgeltlich**[c] zum **Gebrauche** übergibt, ohne Uebertragung des Eigenthums oder juristischen Besitzes[d], unter der Verpflichtung, **dieselbe** Sache[e] künftig zurückzugeben. Der Commodatar haftet regelmäßig für jedes Versehen, nicht auch für den Zufall[f]; er muß auch den durch vertragswidrige Benutzung erhaltenen Gewinn herausgeben[g]; die Klage gegen ihn ist die actio commodati directa[h]. Der Commodant kann aber nicht willkürlich zu jeder Zeit die Rückgabe der Sache verlangen[1], bevor der bewilligte Gebrauch gemacht werden konnte oder die dafür etwa festgesetzte Zeit abgelaufen ist[i]. Auch kann für den Commodatar eine **Gegenforderung** entstehen nicht nur auf Ersatz von Verwendungen[k], die er gerechtfertigter Weise auf die Sache oder um der Sache willen gemacht hat, sondern auch[2] auf Ersatz des Schadens, den er in Folge Verschuldens, jedoch regelmäßig nur eines **groben** Verschuldens des Commodanten durch den verstatteten Gebrauch erlitten hat[l], und, wenn er wegen Verlustes der Sache Ersatz leisten muß, auf Abtretung der bezüglich der Sache entstandenen Klagen gegen dritte Personen[m], oder auf Wiedererstattung des geleisteten Ersatzes oder der Sache, falls der Commodant später diese selbst wieder erlangt[n]. Diese Gegenansprüche kann der Commodatar nach Umständen durch actio commodati contraria oder durch Exceptio gegen die Klage des Commodanten geltend machen[o].

Anm. 1 Ueber das Verhältniß des Commodatum zum **Precarium** vgl. L. 1. §. 3. D. de precario. 43. 26. Et est simile (precarium) commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat. L. 2. §. 2. eod. Itaque quum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. **Savigny** Rt. des Besitzes S. 562 [7. Aufl. S. 468] fg. G. E. **Schmidt** das Commodatum und Precarium. (§. 173. A. 8.) [**Dernburg** Preuß. Priv.R. II. §. 175. **Lenel** in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 205. 209. **Wächter** II. §. 198. Beil.]

2 Das Commodatum, wie Depositum (§. 285.) und Pignus (§. 288.) gehört nach R. R. zu den **Realcontracten** (§. 232. A. 4.). Allein es werden dabei schon im R. R. auch auf Seiten des Commodanten Verbindlichkeiten anerkannt, die, über das Wesen einer re contracta obligatio hinausgehend, eigentlich nur aus dem an sich noch unverbindlichen Vorvertrage, der erst durch das Hingeben der Sache zum Contractus wird, oder aus dem ganzen Geschäfte als bonae fidei negotium sich ableiten lassen; so die Verbindlichkeit, die Sache nicht zur Unzeit zurückzuverlangen, und insbesondere die

[b] L. 1. §. 1. D. h. t. [c] §. 2. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. L. 17. §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. [d] L. 8. 9. 15. 16. D. h. t. cf. L. 15. D. depos. 16. 3. [e] L. 3. §. 6. L. 4. D. h. t. [f] L. 5. §. 2..10. L. 10. pr. L. 18. pr. L. 23. D. h. t. vgl. §. 250. [g] arg. L. 13. §. 1. D. h. t. [h] vgl. §. 99. [i] L. 17. §. 3. eod. [k] L. 18. §. 2. eod. [l] L. 17. §. 3. L. 18. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 10. eod. [m] L. 12. D. de re iud. 42. 1. [n] L. 17. §. 5. cf. L. 13. pr. D. h. t. [o] L. 18. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. Cod. eod.

Haftung des Commodanten wegen culposer Verschweigung der Schadhaftigkeit der Sache, durch deren seinerseits unverschuldete Nichtbeachtung der Commodatar zu Schaden kommt. Nach heutigem Recht kann nun auch schon der Vorvertrag über unentgeltliche Gebrauchsgestattung (pactum de commodando) an sich rechtsverbindlich sein und der Commodant schon wegen ungegründeter Vorenthaltung der Sache verantwortlich werden, wie der Depositar wegen verweigerter Zulassung der Hinterlegung. Aber natürlich kann von den dem Commodatum als Realcontract eigenthümlichen Wirkungen nicht vor wirklich geschehener Hingabe der Sache die Rede sein. [Vgl. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 315. 316.]

### b) Hinterlegungsvertrag. Depositum[a].

## §. 285.

### α) Regelmäßiges Depositum.

Dieses wird geschlossen durch Ueberlieferung, beziehungsweise Uebernahme einer beweglichen Sache zum Zwecke der Aufbewahrung, ohne Vergeltung[b] und ohne weitere Verpflichtung, als die, diese Sache in Gewahrsam zu halten und künftig zurückzugeben[c]. Der Uebergebende heißt Deponent, der Uebernehmer Depositar. Ob der erste Eigenthümer sei, kommt nicht in Betracht[d], wenn nur der letzte es nicht ist[e]. Gegen diesen findet actio depositi directa statt[1], gegen welche weder Retention[2] noch Compensation zulässig ist[f]. Er haftet[2a] aber der Regel nach nur für grobes Verschulden[g]. Hat er ohne solches die Sache bei einem Andern hinterlegt, so braucht er nur seine Klage gegen diesen abzutreten[h]. Der Erbe, der die Sache in gutem Glauben veräußert hat, braucht nur den Preis oder die Klage darauf zu gewähren[i]. Mehrere Depositare und mehrere Erben eines Depositars haften jeder aus eigenem Verschulden für das Ganze[k]; aus Verschulden des Erblassers aber die letzten nur je nach ihrem Erbtheil[l]. Gegenansprüche wegen Verwendung auf die Sache, oder wegen durch Schuld des Gegners erlittenen Schadens kann der Depositar durch depositi actio contraria geltend machen[m].

Anm. [1] Nach R. R. ist die Klage infamirend (§. 31. A. 1. f.). Im Fall eines in dringender Noth vorgenommenen Depositum (sog. depositum *miserabile*) geht sie wegen Dolus auf das Doppelte. L. 1. §. 1..4. L. 18. D. h. t. §. 17. 23. 26. J. de act. 4. 6. vgl. §. 252. A. 1. c. Vgl. Pauli sent. II. 12. §. 11. „Ex causa depositi lege XII. tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum"; und darüber Ascher in Linde's Ztschr. n. F. XXII. 8. Arndts in Haimerl's Vjschr. XVII. 8. (civ. Schr. I. 25.). Ihering Schuldmoment S. 81 fg. [Voigt die XII Tafeln II.

[a] Dig. depositi vel contra. 16. 3. Cod. 4. 34. X. de deposito. 3. 16. cf. Collat. leg. Mos. tit. 10. [b] L. 1. pr. §. 8..10. D. h. t. [c] L. 1. §. 12. 13. D. h. t. cf. L. 1. §. 5. 41. eod. [d] L. 1. §. 39. eod. [e] L. 15. 31. §. 1. eod. L. 45. D. de R. J. [f] L. 11. Cod. h. t. §. 266. not. a. [g] §. 3. J. quib. mod. re contrah. 3. 14. L. 1. §. 6. 7. 16. 20..22. 35. L. 32. D. h. t. (§. 250.). [h] L. 16. D. h. t. [i] L. 1. §. 47. L. 2. 4. eod. [k] L. 1. §. 43. L. 9. 10. eod. [l] L. 7. §. 1. L. 9. eod. [m] L. 5. pr. L. 23. D. h. t.

S. 479 fg.] — Als utilis actio kann die Klage einem Dritten zustehen, an welchen die Rückgabe verabredet war. L. 26. pr. D. h. t. §. 246. A. 3.

2 Streitig, ob nicht wegen Ersatzes nothwendiger Verwendungen Retention zulässig sei? Seuffert §. 316. not. 16. Dagegen Puchta §. 321. not. r. — Inwiefern die Behauptung des Depositars, selbst Eigenthümer zu sein, die Verweigerung der Rückgabe rechtfertige? Seuffert not. 17. Puchta a. a. O. vgl. not. e.; inwiefern wegen des Rechts eines Dritten diese zulässig sei? vgl. L. 31. §. 1. D. h. t... Latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere Seius debeat? ... Si totius rei aequitatem (intuemur),... mihi reddenda sunt, cui [Flor. quo] facto scelestissimo ademta sunt... Quodsi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit; quod et Marcellus in praedone et fure scribit.

[2a Vgl. auch Mommsen Erörterungen. II. S. 68 fg.]

3 Ueber die Rückerstattung, wenn Mehrere Deponenten oder Erben eines Deponenten sind: L. 1. §. 36. 44. L. 14. pr. D. h. t. vgl. §. 216. [Brinz 2. Aufl. §. 317. A. 67.]

## §. 286.

### β) Unregelmäßiges Depositum [1].

Der Depositar erhält regelmäßig weder das Eigenthum der hinterlegten Sache, noch die Befugniß, sie zu gebrauchen oder sie zu verbrauchen[a]. Indessen können vertretbare Sachen auch in der Weise hinterlegt werden, daß der Empfänger nur dieselbe Summe oder Quantität zurückzugeben schuldig sein soll, und dies wird als stillschweigend verabredet angenommen, wenn eine Summe Geldes unverschlossen hinterlegt wird[b]. Alsdann geht das Eigenthum des Empfangenen, wie beim Darlehen, auf den Empfänger über[2], das Geschäft wird aber übrigens der Absicht der Contrahenten gemäß wie ein Depositum (sog. depositum *irregulare*) behandelt[c]. Wenn dagegen bei einem regelmäßigen Depositum vertretbarer Sachen dem Empfänger erst nachher oder auch im voraus, falls er dies in Zukunft wünsche, die Erlaubniß ertheilt wird, das Empfangene zu verbrauchen, so geht im ersten Fall sofort durch die Einwilligung, im andern durch den wirklichen Gebrauch das Depositum in ein Darlehen über[d].

Anm. 1 Vgl. überhaupt A. C. J. Schmid im civ. Arch. XXX. 3. Brinz 1. Aufl. S. 439 fg. Windscheid §. 379. Vangerow §. 630. 7. Aufl. III. S. 415..423. [F. Voltz über das dep. irreg. 1858. Mühlhäuser über Umfang und Geltung des depos. irreg. 1879. (vrbr. Löwenfeld in d. krit. Vjschr. XXII. S. 311 fg.) Huschke Darlehn S. 22 fg. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 317. bes. A. 13. u. krit. Vjschr. XXV. S. 190.]

a L. 29. D. h. t. L. 3. 4. Cod. eod. b L. 31. D. locati. 19. 2. c L. 24. 25. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. D. h. t. d L. 9. §. 9. L. 10. D. de reb. cred. 12. 1. L. 34. pr. D. mand. 17. 1.

[2] Auch Zinsen zu vergüten kann der Empfänger, abgesehen vom Verzug, durch besondere Zusage verbindlich werden. L. 24. in f. L. 26. §. 1. in f. D. l. c. Vgl. L. 29. §. 1. eod. Si *ex permissu* meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis, usuras eius nomine praestare mihi cogitur. Zu verbessern *impermissu?* Huschke in Linde's Ztschr. n. F. II. S. 151. Dagegen Emmerich in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 6. Vangerow S. 418 fg. Windscheid A. 6.

## §. 287.

### γ) Sequestration.

Die Bewahrung eines Gegenstandes kann von Mehreren gemeinschaftlich einem Dritten zu dem Zwecke anvertraut werden, um streitige oder zur Zeit noch nicht auszuführende Rechtsansprüche in Ansehung desselben sicher zu stellen. Eine Hinterlegung dieser Art ist Sequestration[a], sog. sequestratio voluntaria[b]; der Uebernehmer heißt Sequester[c], welchem durch besondere Bestimmung auch der juristische Besitz übertragen werden kann[d]. Die Klage gegen denselben auf Herausgabe des anvertrauten Gegenstandes heißt depositi sequestraria actio[e]. Wann diese stattfinde und wem sie zustehe, bestimmt sich nach dem Anlaß der Sequestration und dem Grunde ihrer Aufhebung[f]. Ist sie durch einen Rechtsstreit über den Gegenstand veranlaßt, so steht die Klage (in solidum) der siegenden Partei zu[g]. Uebrigens kann das Geschäft mit dem Sequester auch die Natur eines andern Vertrages, z. B. der Miethe oder des Mandats, an sich tragen[h].

Anm. L. 110. D. de V. S. Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt, dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur. L. 6. D. h. t. Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur. Vgl. Muther Sequestration und Arrest im röm. Recht S. 35 fg., insbesondere über den Besitz des Sequester S. 226 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 317. A. 14..19.]

## §. 288.

### c) Pfandvertrag[a].

Wird einem Andern eine Sache zu dem Zweck übergeben, damit ihm dieselbe als Pfand für Befriedigung einer Forderung Sicher-

[a] L. 6. 17. D. h. t. 16. 3. [b] cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. §. 93. not. n. [c] L. 110. D. de V. S. [d] L. 17. §. 1. D. h. t. L. 39. D. de poss. 41. 2. §. 135. not. k. [e] L. 5. §. 1. L. 12. §. 2. D. h. t. [f] L. 5. 6. Cod. h. t. 4. 34. L. 6. D. h. t. cf. L. 5. §. 2. eod. L. 39. D. de solut. 46. 3. [g] L. 9. §. 3. D. de dolo. 4. 3. L. 17. pr. cit. cf. L. 7. §. 2. D. qui satisd. cog. 2. 8. [h] cf. L. 9. §. 3. cit. L. 22. §. 8. cit.

[a] Dig. de pigneratitia actione vel contra. 13. 7. Cod. 4. 24.

heit gewähre (Faustpfand, pignus i. e. S.), so wird der Empfänger dadurch dem Pfandgeber, dieser sei Eigenthümer oder nicht[b], verpflichtet, dieselbe Sache nebst deren Zuwachs[1] zurückzugeben[c], sobald er für seine Forderung anders als durch Veräußerung des Pfandes befriedigt oder aus anderem Grunde das Pfandrecht aufgehoben worden ist[d]; nach rechtmäßiger Veräußerung des Pfandes hat er nur den Mehrbetrag des Preises über seine Forderung herauszugeben[e]. Er haftet wegen jedes Verschuldens von seiner Seite, sei es in Ansehung der Sache selbst oder ihres Zubehörs oder in der Ausübung seines Gläubigerrechts begangen, soweit dadurch der Pfandgeber benachtheiligt worden ist[f]. Die Klage gegen ihn ist die pigneratitia in personam actio. Hingegen hat er contraria actio nicht nur wegen Verwendungen[g], sondern auch wegen andrer Benachtheiligung, die ihm durch Verschulden des Pfandgebers in Ansehung dieses Verhältnisses verursacht ist, insbesondere auch, wenn ihm eine fremde Sache verpfändet und deshalb ein wirksames Pfandrecht nicht gewährt worden ist[h]. Dieselben Klagen finden aber auch in Folge eines Pfandvertrags ohne Besitzübertragung (Hypothek, pignus im w. S.) Anwendung[2], sofern gleichartige Ansprüche daraus hervorgehen können, namentlich also, wenn der Pfandgläubiger etwa mittelst der dinglichen Pfandklage hinterher in den Besitz der Pfandsache gekommen ist[i], oder ohnedies sein Gläubigerrecht ausgeübt hat[k], und sind auch auf Fälle ausgedehnt worden, in denen ein Pfandrecht ohne Vertrag erworben ist[l].

Anm. [1] Regel ist, daß der Pfandnehmer allen Gewinn, den er als Pfandgläubiger von der Sache oder durch dieselbe erhalten hat, herausgeben oder auf seine Forderung in Abrechnung bringen muß, z. B. selbst was er von dem Entwender der Pfandsache eingebracht hat, L. 22. pr. D. h. t. L. 15. pr. D. de furt. 47. 2., nicht auch, was ihm, wenn auch aus Anlaß der Verpfändung, doch nicht in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger zugekommen ist, z. B. nicht, quod iure inventoris, non creditoris ex thesauro apud eum remansit. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. Vgl. §. 253. und vorzüglich Dernburg Pfandrecht I. S. 141 fg.

[2] Ueber diese Ausdehnung der persönlichen Pfandklagen vgl. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 315. [2. Aufl. §. 318. A. 2 fg.] Dernburg Pfandrecht I. S. 138 fg. Scheurl in d. krit. Vjschr. II. S. 441. Stoelzel im civ. Arch. XLV. 11. Windscheid §. 381. a. E.

[b] L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 45. pr. D. de R. J. [c] L. 22. pr. §. 2. L. 40. §. 2. D. h. t. L. 1..3. Cod. h. t. cf. L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2. L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. [d] L. 9. §. 3..5. L. 10. 11. cf. L. 20. §. 2. 3. D. h. t. L. 10..12. Cod. h. t. [e] L. 24. §. 2. L. 42. D. eod. cf. L. 12. §. 1. D. de distract. pign. 20. 5. [f] L. 13. §. 1. L. 14. 24. §. 3. D. h. t. L. 3. 5..8. Cod. h. t. [g] L. 8. pr. §. 1. L. 25. eod. cf. L. 22. §. 4. eod. [h] L. 1. §. 2. L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 22. §. 3. 4. L. 31. 32. eod. cf. L. 36. §. 1. eod. L. 54. D. de fideiuss. 46. 1. [i] L. 4. 7. Cod. h. t. [k] L. 21. §. 3. D. de pignor. 20. 1. L. 13. D. de distract. pign. 20. 5. [l] L. 34. D. de damno inf. 39. 2. L. 5. §. 21. D. ut in poss. legat. 36. 4.

## §. 289.

### d) Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum [a].

Schiffer und Wirthe, welche zufolge ihres Gewerbes Reisende mit ihren Sachen aufnehmen, haften den Aufgenommenen, gleichwie durch stillschweigenden Vertrag verpflichtet, für Restitution dieser Sachen [b], wofern nicht eigene Schuld der Aufgenommenen oder fremde Gewaltthat oder reiner Zufall den Verlust verursacht [c], oder eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft die Haftung ausschließt [d]. Gegen den Schiffer oder Wirth findet deshalb eine prätorische in factum actio (de *recepto*) statt, unabhängig von dem sonst zwischen ihnen und dem aufgenommenen Fremden bestehenden Rechtsverhältniß [e].

Anm. [1] L. 1. pr. D. h. t. *Ait praetor: Nautae caupones stabularii, quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.* — Darüber Goldschmidt in der Ztschr. für Handelsrecht III. 3. 6., womit zu vgl. Harder in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 14. Gimmerthal im prakt. Arch. II. 4. [S. 111 fg.] Weis das. V. 8. 9. [S. 280 fg. 337 fg.] Wyß Haftung für fremde Culpa S. 57 fg. 79 fg. Windscheid §. 384. [Häbler d. Haftpflicht ex recepto nach Kgl. Sächs. u. Reichsrecht. Leipz. 1884. Rechtsfälle dazu: Hallwachs im prakt. Arch. n. F. VII. S. 80..94. Insbes. über den Begriff der „höheren Gewalt, vis maior" (H.G.B. Art. 395; vgl. R.C.P.O. §. 211: „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle", L. 18. pr. D. commod. 13. 6.: „casus . . quibus resisti non possit", not. b.) s. Hahn Comm. z. H.G.B. II. S. 433 fg. Brinz 2. Aufl. §. 268. A. 4. §. 269. S. 272 fg. Exner der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im röm. u. heut. Verkehrsrecht, in d. Wien. Ztschr. X. 10. S. 497.; dagegen Dernburg ebda XI. 8. S. 335 fg. Vgl. auch Voigt die XII. Taf. I. S. 431 fg., u. A. 8 fg. Ueber die Einordnung der Lehre vom Receptum ins System: Windscheid A. 7. vgl. Pfaff in der Wiener Ztschr. VIII. S. 735 fg. und A. 298 fg.] — Wegen der von den Leuten des Schiffers oder Wirthes verübten Beschädigungen oder Entwendungen gibt das R. R. gegen diesen auch eine Pönalklage auf das Doppelte. Dig. furti adversus nautas caupones stabularios. 47. 5. §. 3. J. de obl. quasi ex del. 4. 5.

[2] Streitig ist die Anwendung des Edicts auf Fuhrleute und Posten. C. F. Müller über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutigen Postanstalten. 1835. 2. Aufl. 1857. Goldschmidt a. a. O. S. 352 fg. Kompe z. L. vom Postfrachtgesch. in ders. Ztschr. XI. 2., vgl. auch Linde in seiner Ztschr. n. F. XVI. 6. 7. [recte: 6. Schluß. S. 151 fg. 295 fg.] Vangerow §. 648. A. 2. Seuffert §. 405 a. E. Windscheid A. 9. [Handels-G.B. Art. 390 fg. Gesetz über das Postwesen des deutschen Reiches v. 28. Oct. 1871. §. 6 fg. Mandry Reichsges. S. 344 (2. Aufl. S. 478) fg.]

[3] Zwei scheinbar widersprechende Stellen (L. 1. §. 1. D. h. t. *„nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant"*, und L. un. §. 6. D. 47. 5. *„nec repellere potest*

[a] Dig. Nautae caupones stabularii ut recepta restituant. 4. 9. [b] L. 1..3. pr. §. 2. D. h. t. cf. L. 6. pr. eod. [c] L. 3. §. 1. eod. cf. L. un. §. 6. D. furti adv. naut. 47. 5. [d] L. 7. pr. eod. [e] L. 3. §. 1. 4. eod.

*iter agentes*") haben einen Streit über die Pflicht der Wirthe, Reisende aufzunehmen, hervorgerufen. Madai in Linde's Ztschr. XVIII. 12. Vangerow §. 648. A. 1. Die Frage ist zunächst eine gewerbpolizeiliche. Vgl. übrigens noch Kuntze in Schletter's Jahrb. VII. S. 325.

## §. 290.

### e) Trödelvertrag.

Eine Verbindlichkeit zur Rückerstattung einer bestimmten Sache, aber nur alternativ, wird auch durch den Trödelvertrag (sog. contractus *aestimatorius*) begründet. Dieser besteht nämlich darin, daß Jemand eine zu bestimmtem Preise geschätzte Sache zum Zweck des Verkaufes mit der Verpflichtung übernimmt, entweder diesen Preis oder die Sache selbst zurückzubringen[a]. Hat der Uebernehmer um die Besorgung des Handels nachgesucht, so wird angenommen, daß er auch die Gefahr des Zufalls trage[b]. Ein Rechtsgeschäft dieser Art kann übrigens auch die Natur eines bestimmten anderen Schuldvertrages, namentlich die eines Auftrags oder der Dienstmiethe haben: dem Geber wird aber für alle Fälle die actio aestimatoria praescriptis verbis gegeben, deren Erfolg dann im einzelnen Fall mit Rücksicht auf die besondere Natur des Geschäfts zu bestimmen ist[c].

Anm. L. 1. pr. D. h. t. Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum (H. *ingens dubitatio*), quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi; quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem. [Ihering in d. dogm. Jahrb. XV. S. 389. emendirt: convenerit tamen aestimationem dari; dazu vgl. Karlowa Rechtsgeschäft S. 250 fg.] Streitfragen über die Natur des eigentlichen Trödelvertrages: ob dabei das Eigenthum sofort auf den Trödler übergehe (arg. L. 3. D. locati. 19. 2.)? ob derselbe regelmäßig den Zufall trage? Puchta §. 313. Dagegen Sintenis §. 117. A. 3. Vgl. überhaupt Glück XVIII. §. 1065. Chambon Beitr. zum Obligationenrecht. Bd. 1. 1851. S. 1..110. (darüber Brinz krit. Bl. Nr. 1.), Jul. Merkel im Rtslex. XI. S. 535..544., auch Wolff im prakt. Arch. n. F. II. 13. S. 335 fg. [Emmerich über die Haftbarkeit des Trödlers für peric. casus, im civ. Arch. LXI. S. 277 fg. Lipp Beitrag z. L. v. Trödelcontract 1880. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 319. A. 9. 11. F. Reinhold der Trödelvertrag 1884. Wendt in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 377 fg. Bechmann d. Kauf II. S. 409 fg. 560 fg.]

[a] Dig. de aestimatoria. 19. 3. [b] L. 1. §. 1. D. h. t. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. [c] L. 1. pr. L. 2. D. h. t. cf. L. 13. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.

### 4) Obligationen wegen Geschäftsführung.

#### a) Auftrag. Mandatum[a].

## §. 291.

#### α) Wesen desselben.

Mandat (Auftrag, Vollmachtsvertrag) heißt der Vertrag, wodurch Jemand (mandatarius) dem Willen des andern Contrahenten (mandans, mandator) gemäß[b] ein Geschäft auszurichten ohne Ausbedingung eines Lohnes[1] sich verpflichtet[c]. Gegenstand des Mandats können nur erlaubte[d] erst vorzunehmende[e] Geschäfte sein, bei deren Ausrichtung nicht bloß der Mandatar, sondern wenigstens zugleich auch der Mandant oder ein Dritter[2] ein Interesse hat[f]. Der Auftrag kann auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft oder auf eine ganze Gattung oder Reihe von Geschäften und so auch auf Besorgung aller Vermögensangelegenheiten einer Person (§. 77.) gerichtet, er darf nur nicht ganz unbestimmt sein[g]. Wirkung des Mandats ist theils die Begründung einer Stellvertretung des Mandanten mit deren rechtlichen Folgen[3], in welcher Beziehung eben dasselbe Vollmacht heißt (§. 77. 246 . . 248.), theils die Entstehung einer Obligatio zwischen dem Mandanten und Mandatar, aus welcher für jenen die actio mandati directa, für diesen contraria actio hervorgehen kann; von der letzten Wirkung ist hier die Rede.

Anm. [1] Unentgeltlichkeit des Mandats: L. 1. §. 4. D. h. t. Mandatum nisi gratuitum nullum est; denn: §. 13. J. h. t. „mercede constituta incipit locatio et conductio esse". Jedoch: L. 6. pr. D. h. t. Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio; und L. 1. Cod. h. t. De salario (autem), quod promisit, a praeside (apud praesidem) provinciae cognitio praebebitur. [Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 180. A. 2. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 334. A. 3 . . 14. Vgl. auch Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 220 fg.]

[2] L. 2. pr. D. h. t. Mandatum inter nos contrahitur sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum, sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena; quodsi tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo actio nascitur. §. 6. . . . Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur; quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. Doch kann auch ein solcher Rath aus besonderen Gründen verantwortlich machen: vgl. a) L. 12. §. 13. D. h. t. „. . . si . . . *periculo meo crede*, dicat, *bene credis:* arbitror, locum esse mandato et mandati eum teneri". L. 6. §. 5. L. 32. eod. b) L. 47. pr. D. de R. J. Con-

[a] Dig. mandati vel contra. 17. 1. Cod. 4. 35. J. de mandato. 3. 26. [b] L. 1. pr. . . §. 2. cf. L. 6. §. 2. L. 18. 53. D. h. t. [c] L. 1. §. 4. L. 6. pr. L. 7. L. 56. §. 3. D. h. t. L. 1. in f. Cod. h. t. §. 13. J. h. t. [d] §. 7. J. h. t. L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. D. h. t. [e] L. 12. §. 14. eod. [f] §. 1 . . 6. J. h. t. L. 2. L. 6. §. 4. 5. L. 8. §. 6. D. h. t. [g] L. 48. §. 2. eod.

silii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit. L. 7. §. 10. L. 8. D. de dolo. 4. 3. — Ein Grund dafür kann zudem auch in der durch ein Amt oder ein ähnliches Verhältniß begründeten Pflicht, guten Rath zu ertheilen, liegen. Vangerow III. §. 659. Seuffert §. 335. a. E. [Wächter §. 202. Beil. I. Nr. II.]

[3] [Vgl. Karlowa Rechtsgeschäft S. 240 fg. Brinz a. a. O. A. 17 fg.]

## §. 292.

### β) Verbindlichkeiten des Mandatars.

Der Mandatar ist verpflichtet 1) den übernommenen Auftrag genau und sorgfältig zu erfüllen, mit Rücksicht auf die ihm gegebenen Anweisungen und außerdem so, wie es der Natur des aufgetragenen Geschäfts und dem Vortheil oder muthmaßlichen Willen des Mandanten am besten entspricht[a], sodann 2) alles dasjenige, was ihm durch das aufgetragene Geschäft zugekommen ist, worüber er Rechnung zu legen hat, dem Mandanten zu erstatten, daher auch die aus diesem Anlaß erworbenen Klagen gegen Dritte demselben abzutreten[b] und 3) für den durch seine Schuld (dolus oder culpa) verursachten Schaden Ersatz zu leisten[c]. Hat er die Ausführung des Geschäfts ganz oder theilweise einem Andern (einem Substituten) übertragen, so haftet er für dessen Verschulden nur, sofern ihm selbst in Anstellung des Substituten ein Versehen zur Last fällt, muß jedoch jedenfalls wenigstens seine Klage gegen den letzten abtreten[d]; in Schuld aber ist er und haftet daher für jeden daraus entstehenden Nachtheil, wenn er gegen ausdrückliches Verbot oder der Natur des Auftrags zuwider die Substitution vorgenommen hat. Ist mehreren dasselbe aufgetragen, so haftet jeder einzelne fürs Ganze[e].

[Anm. Haftung des Mandatars für culpa in contrahendo? Mommsen Erörter. II. S. 59 fg.]

## §. 293.

### γ) Verbindlichkeiten des Mandanten.

Der Mandant kann andererseits durch Gegenklage des Mandatars angehalten werden 1) diesem den zur Erfüllung des Auftrags angemessener Weise gemachten Aufwand zu erstatten[a], und daher auch die ihm durch Verwendung eigenen Geldes entgangenen Zinsen zu vergüten[b], sowie auch die von demselben aus Anlaß des Auftrags eingegangenen

[a] L. 5. 46. D. h. t. [b] L. 8. §. 9. L. 10. §. 2. 3. 8. L. 20. pr. eod. L. 46. §. 4. D. de procurat. 3. 3. vgl. §. 246. 255. [c] L. 11. 13. 21. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 8. L. 10. L. 29. D. h. t. [d] L. 8. §. 3. eod. cf. L. 20 (21). §. 3. L. 27 (28). D. de neg. gest. 3. 5. L. 10. in f. L. 11. D. commod. 13. 6. L. 2. §. 1. D. si mensor. 11. 6. [e] L. 60. §. 2. D. h. t.

[a] L. 10. §. 9. cf. L. 27. §. 4. L. 56. §. 4. D. h. t. L. 4. Cod. h. t. [b] L. 12. §. 9. D. eod.

Verbindlichkeiten zu übernehmen[c]; 2) für jeden durch sein Verschulden demselben verursachten Schaden Ersatz zu leisten[d]. Hat der Mandatar die Gränzen des Auftrags überschritten, so kann er die Anerkennung des Geschäfts von Seiten des Mandanten nur in sofern verlangen, als er den Nachtheil der Ueberschreitung für diesen beseitigt[e]. Haben mehrere gemeinschaftlich den Auftrag ertheilt, so findet gegen jeden von ihnen die Klage auf das Ganze statt[f].

Anm. [Zu Nr. 1 vgl. Brinz a. a. O. S. 776: „Stets ist das Mandat, außerdem, daß es ein Auftrag ist, zugleich eine cautio, d. i. die Zusage, Versicherung der Schadloshaltung (Deckungsversprechen)“; zu Nr. 2. vgl. Mommsen Erörter. II. S. 60 fg., der den Mandanten principiell noch über sein Verschulden hinaus für den in Folge des Mandates eingetretenen Schaden haften läßt.] Insbesondere über die Haftpflicht des Mandanten für Aufträge, die dem Mandatar entstellt zugehen, vgl. oben §. 231. A. 2 f.

## §. 294.

### δ) Aufhebung des Mandats.

Das Mandatsverhältniß hört auf 1) durch Beendigung des aufgetragenen Geschäftes, sowie durch Ablauf der Zeit, auf welche etwa die Vollmacht beschränkt war, 2) durch Widerruf oder auch stillschweigend erklärte Zurücknahme des Auftrags von Seiten des Mandanten[a], oder Aufkündigung (renuntiatio) von Seiten des Mandatars[b], 3) durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars[c], sofern nicht der Auftrag auf etwas erst nach dem Tode des Mandanten zu Vollziehendes gerichtet ist[d]. Jedoch kann der Widerruf[e], wie die Aufkündigung, die letzte namentlich wegen Unzeitigkeit, sofern nicht auch diese entschuldigt ist[f], selbst noch die Mandatsklage rücksichtlich eines dadurch verursachten Nachtheils begründen. Auch kann die Klage wegen der erst nach dem Tode des Mandanten aus Unkunde desselben oder in Folge des vorher Geschehenen vorgenommenen Handlung noch stattfinden[g]. In keinem Fall aber werden durch solche Auflösung des Mandatsverhältnisses die bisher aus demselben entstandenen Rechtsansprüche aufgehoben[h].

Anm. Zu not. d. g. vgl. Dietzel in Linde's Ztschr. n. F. XIII. 13. Windscheid §. 411. A. 5 fg.

[c] L. 45. eod. [d] L. 26. §. 6. 7. eod. [e] L. 3. §. 2. L. 4. 41. eod. §. 8. J. h. t. [f] L. 21. L. 59. §. 3. D. eod.

[a] L. 12. §. 16. L. 15. D. h. t. cf. L. 31. §. 2. D. de procurat. 3. 3. L. 3. Cod. h. t. [b] L. 22. §. 11. L. 27. §. 2. D. h. t. [c] L. 26. pr. L. 27. §. 3. L. 57. eod. [d] L. 12. §. 17. L. 13. 27. §. 1. eod. cf. L. 108. D. de solut. 46. 3. J.R.A. §. 99. [e] L. 15. D. h. t. cf. L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. [f] §. 9. 11. J. h. t. L. 22. §. 11. L. 23..26. L. 27. §. 2. D. h. t. [g] §. 10. J. h. t. L. 15. Cod. h. t. L. 26. pr. §. 1. L. 58. pr. D. h. t. L. 14. pr. eod. cf. L. 27. §. 3. eod. L. 33. D. de poss. 41. 2. — L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. D. de solut. 46. 3. cf. L. 41. D. de reb. cred. 12. 1. [h] L. 58. pr. D. h. t.

## §. 295.

### ε) Besondere Arten des Mandats.

Als solche sind hervorzuheben 1) das sog. mandatum *qualificatum* (§. 352.), d. i. der Auftrag, einem Dritten Credit zu geben, worin eine Art von Bürgschaft liegt[a], 2) die Assignation, d. h. ein von Seiten einer Person (des Assignanten) an einen Anderen (den Assignaten) gerichteter und demselben durch einen Dritten kundzugebender Auftrag, diesem (dem Assignatar) eine Zahlung zu leisten. Der Assignat kann Schuldner des Assignanten, dieser Schuldner des Assignatars sein, und so die Assignation dazu dienen, die Bezahlung des letzten herbeizuführen; wesentlich ist dieses nicht[b]. Der in der Assignation enthaltene Auftrag kann, so lange die Zahlung nicht geleistet ist[c], widerrufen (contremandirt) wie andrerseits gekündigt werden, daher „Anweisung ist keine Zahlung". Hat jedoch der Assignat zu der Zeit da er dem Auftrag gemäß Zahlung leisten konnte, anstatt dessen mit dem Assignatar auf andere Weise sich abgefunden, so kann der später erfolgte Widerruf den Assignanten nicht seiner Verbindlichkeit gegen jenen entheben.

Anm. Ueber die Assignation und deren Verhältniß zur Cession und Delegation vgl. Mühlenbruch Cession, §. 18. Heise und Cropp Abh. II. 13. Thöl Handelsrecht I. [4. Aufl.] §. 114..132. [5. Aufl. §. 318..337.] Puchta §. 326. Vorles. [4. Aufl.] II. S. 189 fg. Unger die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, S. 73 fg. Salpius Novation und Delegation §. 8. 73..76., gegen diesen aber Witte in d. krit. Vjschr. VIII. S. 352 fg. Windscheid §. 412. [Plucinski im civ. Arch. LX. 7. Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 52 fg. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 334 a. E.] — Kaufmännische Anweisungen: Deutsches Handelsgesetzb. Art. 300..305.

## §. 296.

### b) Geschäftsführung kraft öffentlichen Auftrags. Cura bonorum.

In manchen Fällen wird unter obrigkeitlicher Mitwirkung und Aufsicht eine Verwaltung gewisser Güter angeordnet, ein curator bonorum bestellt; so beim Concurse der Gläubiger (§. 226.), oder im Fall längerer Abwesenheit einer Person, cura bonorum absentis[a] und aus verschiedenen Gründen bezüglich einer Erbschaft, cura *hereditatis iacentis*[b], *ventris nomine*[c], *ex Carboniano edicto*[d]. Ein solcher Curator, verschieden von den einer Person gesetzten Vormündern, hat wesentlich nur

[a] L. 6. §. 4. L. 12. §. 14. D. h. t. [b] L. 34. pr. D. h. t. cf. L. 3 §. 12. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [c] L. 106. 108. D. de solut. 46. 3.

[a] L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 1. §. 4. D. de munerib. 50. 4. L. 3. Cod. de postlimin. 8. 50 (51). [b] L. 1. §. 4. cit. in f. [c] L. 1. §. 17. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. [d] L. 5. §. 1. D. de Carb. ed. 37. 10.

für Erhaltung der anvertrauten Güter (custodia bonorum) zu sorgen; er hat daher nicht die Befugniß der Veräußerung, sofern sie nicht durch den Zweck seiner Bestellung geboten ist[e]; übrigens ist sein Verhältniß nach Analogie der Vormundschaft zu beurtheilen. Ein ähnliches Verhältniß kann auch durch richterliche Sequestration (§. 92. not. n.) entstehen, sofern dem Sequester zugleich Verwaltung aufgetragen ist. Auch bei öffentlichen Beamten und Geschäftsführern juristischer Personen kommt ein dem Mandat ähnliches Verhältniß vor.

### c) Geschäftsführung ohne Auftrag. Negotiorum gestio[a].

### §. 297.

Wenn Jemand ohne Auftrag oder ohne ein gültiges Mandat[b], sei es auch in irrthümlicher Voraussetzung eines solchen[c], Geschäfte eines Andern besorgt[d], so ist er, als negotiorum gestor, dem letzten, d. i. dem dominus negotiorum, quasi ex contractu[e], analog dem Mandatar, verpflichtet[f], und findet dieserhalb actio negotiorum gestorum directa gegen denselben statt. Er haftet für jede Fahrlässigkeit[g], auch wegen verschuldeter Nichtvollendung der einmal übernommenen Geschäfte und Versäumung dessen, was damit in wesentlichem Zusammenhange steht[h], selbst für zufälligen Nachtheil, sofern er etwas Neues gegen die Weise des Geschäftsherrn begonnen hat[i], nur für grobes Verschulden dagegen, wenn er sich der Güter des Andern unter solchen Umständen angenommen hat, daß sie ohne seine Dazwischenkunft für diesen verloren gewesen wären[k]. War er nicht fähig sich wirksam zu verpflichten, so hat er nur die erhaltene Bereicherung herauszugeben[l].

Anm. [1] Donelli comment. lib. XV. cap. 15..17. Chambon die Negotiorum Gestio. 1848. Dankwardt d. neg. gest. 1855. Köllner die Grundzüge d. obl. neg. gest. 1856. (drbr. Stintzing in d. Heidelb. krit. Ztschr. IV. S. 227 fg. Kuntze in Schletter's Jahrb. III. S. 256.) Arons Beitr. zu d. L. v. d. neg. gestio. 1. Abth. Dogmengeschichtl. Erörtr. 1860. (drbr. Kuntze in Schletter's Jahrb. VIII. S. 104.) Windscheid §. 430. 431. Vangerow §. 664. Rechtsfälle „zur L. v. d. negotiorum gestio und in rem versio": Hallwachs im prakt. Arch. n. F. VIII. S. 88..98. E. Zimmermann Echte und unechte negotiorum gestio, 1872. (drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XV. S. 277 fg. Krüger in d. Jen. Litztg.

[e] L. 1. §. 4. cit. L. 48. D. de admin. 26. 7. vgl. §. 226.

[a] Dig. de negotiis gestis. 3. 5. Cod. 2. 18 (19). [b] L. 18 (19). §. 2. L. 35 (36). D. h. t. [c] L. 5. pr. eod. [d] L. 5. §. 4. 5. 6. (L. 6. §. 2. 3. 4.) eod. cf. L. 5. §. 1. L. 5. §. 8. (L. 6. §. 6.) L. 44 (45). §. 2. eod. [e] §. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 5. pr. D. de O. et A. 44. 7. [f] L. 2. L. 7 (8). §. 1. D. h. t. §. 292. not. b. [g] §. 1. J. cit. L. 20. Cod. h. t. cf. L. 22. eod. §. 250. [h] L. 5. §. 14. (L. 6. §. 12.) ... L. 7 (8). pr. L. 30 (31). §. 2. D. h. t. cf. L. 20. Cod. cit. L. 37 (38). D. h. t. L. 30 (31). §. 3. eod. L. 13. §. 1. D. de usuris. 22. 1. §. 207. A. 3. c. vgl. §. 208. A. 2. a. [i] L. 10 (11). eod. [k] L. 3. §. 9. eod. [l] L. 3. §. 4. eod.

1874. Nr. 8.) [Zimmermann d. L. v. d. stellvertretenden Neg. Gestio. 1876. (drbr. Eck in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 5. Steinlechner in d. Wien. Ztschr. IV. S. 353 fg. Hellmann in d. krit. Vjschr. XIX. S. 349 fg.) Ogonowski die Geschäftsführung ohne Auftrag nach österr. R. 1877. Monroy die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte. 1878. (drbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1879. Nr. 8. Wlassak in d. Wiener Ztschr. VII. S. 187 fg. Krüger im civ. Arch. LXII. S. 203 fg. Ruhstrat in d. krit. Vjschr. XXI. S. 374 fg.) Wlassak z. Geschichte d. negotiorum gestio. 1879. (drbr. Exner in d. Wiener Ztschr. VII. S. 203 fg. Krüger im civ. Arch. LXII. S. 496 fg.) Ruhstrat in d. dogm. Jahrb. XIX. 6. S. 254 fg. Sturm d. Grundprincip der neg. gest. 1882. (drbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. X. S. 445.) Lenel das ed. perpet. S. 83 fg. Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 321.]

[2] Eine negotiorum gestio kann mit einem Mandat zusammentreffen; wer im Auftrag eines Andern Geschäfte eines Dritten besorgt, kann als negotiorum gestor im Verhältniß zu diesem und zugleich als Mandatar im Verhältniß zu jenem angesehen werden; L. 3. §. 11. L. 27 (28). cf. L. 45 (46). §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t.; der Mandant aber ist durch den Auftrag negotiorum gestor des Dritten. L. 20 (21). §. 3. D. h. t. [Brinz a. a. O. S. 638. 651 fg.]

## §. 298.

Der Geschäftsführer kann andrerseits ähnliche Ansprüche, wie der Mandatar, gegen den Geschäftsherrn erlangen und durch contraria negotiorum gestorum actio[a] geltend machen, namentlich auf Erstattung des im Interesse des letzten gemachten Aufwandes und auf Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten[b]. Zur Begründung solcher Ansprüche ist erforderlich: 1) daß der Geschäftsführer mit Sorgfalt und verständiger Erwägung[c], dem wirklichen Interesse des Geschäftsherrn gemäß[d], nicht dem ausdrücklich erklärten[e] oder sonst erkennbaren Willen[f] desselben zuwider, gehandelt hat, so daß nach allen Umständen anzunehmen ist, dieser würde, falls er seinen Willen kund zu geben Gelegenheit gehabt hätte, solche Art der Stellvertretung gebilligt haben; alsdann schadet es dem Geschäftsführer nicht, wenn der Erfolg seiner Verwendungen ohne seine Schuld später wieder vereitelt ist[g]; 2) daß der Geschäftsführer für einen Andern, wenn auch nicht für einen bestimmten Andern zu handeln den Willen gehabt hat[h], nicht bloß zur Erfüllung einer Verpflichtung[i], oder aus Freigebigkeit[k], oder seines eigenen Vortheils wegen[l].

[a] §. 1. J. l. c. 3. 27. vgl. §. 293. not. a .. c. [b] L. 2. 18 (19). §. 4. L. 44 (45). pr. D. h. t. L. 3. 10. 15. 18. Cod. h. t. [c] L. 24 (25). D. h. t. [d] L. 9 (10). in f. L. 26 (27). pr. eod. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. L. 22 (23). D. h. t. 2. Cod. eod. [e] L. 7 (8). §. 3. D. eod. L. 24. Cod. h. t. cf. L. 40. D. mand. 17. 1. L. 14. §. 13. D. de relig. 11. 7. [f] L. 10 (11). D. h. t. 3. 5. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. cf. L. 3. §. 8. L. 5. pr. §. 2. eod. [g] L. 9 (10). §. 1. L. 11 (12). §. 2. L. 21 (22). D. h. t. [h] L. 14. §. 1. D. comm. div. 10. 3. L. 5. §. 1. L. 5. §. 10. 12. 13. (L. 6. §. 8. 10. 11.) L. 21 (22). D. h. t. [i] arg. L. 5. Cod. h. t. [k] L. 11 .. 13. 15. Cod. h. t. L. 26 (27). §. 1. L. 33 (34). 43 (44). D. h. t. [l] L. 5. §. 5. (L. 6. §. 3.) D. h. t. L. 48 (49). eod.

Durch Genehmigung wird die Geschäftsführung für den Geschäftsherrn in gleicher Art wirksam, als wenn sie ursprünglich seinem Auftrag gemäß geschehen wäre [m].

Anm. [1] Ueber die Erfordernisse des negotium utiliter gestum vgl. Kritz Pandektenrecht I. S. 392 fg. Wächter im civ. Arch. XX. S. 337 fg. Chambon a. a. O. S. 62 fg. Ruhstrat im civ. Arch. XXXII. 7. XXXIII. 2. 9. XXXIV. 3. [LXIV. 2] Dankwardt S. 28 fg. Leist das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. [Civ. Studien 2. Heft.] 1855. S. 112 fg. (vrbr. Dankwardt und Stintzing in der Heidelb. krit. Ztschr. III. S. 155 fg. 163 fg.). Ruhstrat über neg. gestio. 1858. (vrbr. Arndts in Haimerl's Vjschr. I. Lit. S. 41., civ. Schr. I. S. 419 fg.) Jacobi in d. dogmat. Jahrb. IV. 3., und gegen diesen und Windscheid §. 430. A. 17. Ruhstrat das. IX. 3. vgl. X. 4. vgl. Vangerow 7. Aufl. S. 506 fg. [Monroy a. a. O. S. 25 fg. Sturm das negotium utiliter gestum. 1878. (vrbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1879. Nr. 8. Krüger im civ. Arch. LXII. S. 206 fg. Ruhstrat in d. krit. Vjschr. XXI. S. 365 fg. Wlassak in d. Wien. Ztschr. VII. S. 191 fg.) Wächter II. S. 455 fg. Vgl. noch Ruhstrat d. neg. gest. des dritten Contrahenten, in Böhlau's Mag. III. S. 1 fg. Brinz a. a. O. A. 33. u. S. 653.]

[2] In den Fällen der not. e. i. k. hat der Geschäftsführer auch nicht einmal Anspruch auf Ersatz, soweit der Gegner bereichert ist; cf. L. 2. Cod. h. t. Streitig ist, wiefern ein solcher Anspruch in Fällen der not. l. stattfinde? Hat Jemand wissentlich, aber sui lucri causa fremde Geschäfte besorgt, so wird ihm eine Klage auf Ersatz der Bereicherung gegeben. L. 5. §. 5. (L. 6. §. 3.) D. h. t. Hat er irrthümlich fremde Geschäfte als die seinigen besorgt, so wird ihm dieserhalb nur ein Retentionsrecht beigelegt in L. 14. §. 1. L. 29. pr. D. comm. div. 10. 3. vgl. §. 152. A. 4. c., aber in L. 48 (49). D. h. t. 3. 5. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. auch eine Klage gegeben. Ueber die Erklärung dieser Stellen: Chambon a. a. O. S. 138 fg. 148 fg. Ruhstrat im civ. Arch. XXXIV. S. 68 fg. Stintzing in d. Heidelb. Ztschr. III. S. 169. Großkopff zur Lehre vom Retentionsrechte S. 103 fg. Witte Bereicherungsklagen S. 9 fg. [Francke Comm. S. 378 fg.] Windscheid §. 431. A. 18. Vangerow a. a. O. [Brinz a. a. O. S. 646 fg.] vgl. §. 248. A. 3. a. E. — In Betreff unnützer Verwendungen (impensae voluptariae) hat der negotiorum gestor nur ein ius tollendi. L. 3. §. 4. D. de in rem verso. 15. 3. L. 26 (27). pr. D. h. t. 3. 5.

[3] Gegen den unmündigen Geschäftsherrn geht die actio negot. gest. contraria immer nur auf Ersatz, in quantum locupletior factus est. L. 5. §. 2. (L. 6. pr.) L. 36 (37). pr. D. h. t. L. 2. Cod. h. t.

[4] In Betreff des Einflusses der Genehmigung scheinen sich zu widerstreiten: a) L. 8 (9). D. h. t. (Scaevola lib. I. quaest.) Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio, hoc an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum, et quemad-

[m] L. 8 (9). D. h. t. L. 5. §. 11..13. (L. 6. §. 9..11.) eod. cf. L. 60. D. de R. J. (§. 78.)

modum, quod utiliter gestum est, necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impendit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. Cf. L. 50. pr. D. mand. 17. 1. L. 5. §. 12. (L. 6. §. 10.) D. h. t. 3. 5. L. 9. 19. Cod. h. t. b) L. 60. D. de R. J. Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstringitur mandati actione. Vgl. darüber Chambon S. 55 fg. Ruhstrat XXXIII. S. 234 fg. Leist a. a. O. S. 143 fg. Stintzing a. a. O. S. 174. Fuchs im prakt. Arch. VII. 13. [S. 291.] Vangerow S. 503 fg. [Zimmermann stellv. Neg. Gest. §. 7 fg. Monroy a. a. O. §. 10. 11. Brinz a. a. O. A. 25. und S. 639.] Wäre vielleicht in L. 60. zu lesen: *obstringitur ut* (d. i. *velut*) *mandati actione*? Dagegen Leist S. 146.

## §. 299.

Für einige Fälle der Geschäftsführung gibt es besondere Klagen, die rücksichtlich ihrer Voraussetzungen von der actio negotiorum gestorum abweichen.

1) Wer die einem Andern obliegende Bestattung einer Leiche besorgt hat, kann mit der actio *funeraria* gegen den Verpflichteten Ersatz der angemessenen Verwendungen erlangen, wenngleich er in der Meinung selbst verpflichtet zu sein, oder, jedoch aus gutem Grunde, selbst gegen ein Verbot des Verpflichteten gehandelt hat[a].

2) Diejenigen, welche in den Besitz von Gütern eines Andern eingewiesen sind, können wegen deren Verwaltung mit einer actio in factum, analog der actio negotiorum gestorum, belangt werden, beziehungsweise ihre Gegenansprüche geltend machen, haften jedoch nur für dolus und lata culpa[b].

Anm. Zur Beerdigung verpflichtet ist: a) derjenige, dem etwas unter dieser Bestimmung hinterlassen ist, sodann b) der Erbe, L. 12. §. 4. L. 14. §. 1. 13. D. h. t. 11. 7. [Pract. Arch. n. F. XII. S. 309.] und neben ihm c) nach dem Tode einer Ehefrau derjenige, welchem deren Dos zufällt, nach Verhältniß ihres Betrages zum Betrag der Erbschaft, L. 16 .. 20. 22 .. 27. 29. 30. eod., d) wer die väterliche Gewalt über den Verstorbenen hatte, L. 21. 28. eod., endlich e) in subsidium der Ehemann, soweit er es ohne Schmälerung seines Lebensbedarfes vermag, L. 28. eod. vgl. §. 225. A. 4. a. E. Das Maß des Aufwandes bestimmt sich nach Stand und Vermögen des Verstorbenen, beziehungsweise des Verpflichteten. L. 12. §. 5. L. 14. §. 6. L. 21. 28. D. l. c. — Walther über Leichenbestattungskosten nach heutigem R. R. in Linde's Ztschr. n. F. XVII. 12. [Brinz Pand. 2. Aufl. II. §. 321a.]

[a] L. 12. §. 2. et sqq. D. de religiosis et sumtibus funerum ... 11. 7. Cod. 3. 44. [b] L. 9. 14. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 15. §. 34. D. de damno infecto. 39. 2. §. 93. not. k .. m.

## B. Wesentlich gegenseitige Schuldverhältnisse.

### 1) Der Kaufvertrag[a].

#### a) Voraussetzungen[b].

### §. 300.

*a)* Begriff und Gegenstand.

Der Kaufvertrag (emtio venditio)[1] besteht darin, daß der eine (venditor) sich verbindlich macht[1a], dem andern einen gewissen Vermögensgegenstand zu gewähren, dieser (emptor) dafür einen Geldpreis als Gegenleistung verspricht. Wesentlich ist also 1) einerseits ein in Geld[2] bestimmter Preis[c], wenn auch in Verbindung[2a] mit einer Nebenleistung anderer Art[d]; doch kann auch die Festsetzung des Preises von einem noch ungewissen oder unbekannten Umstande abhängig gemacht[e], insbesondere in das Ermessen eines bestimmten Dritten gestellt sein, wodurch dann der Kauf bedingt wird[f], ja auch unbestimmt in das billige Ermessen eines unparteiischen Sachverständigen (arbitratus boni viri[g]), und in diesem Sinn, wenn nicht nach römischem[h], doch nach heutigem Recht selbst in das Ermessen eines der Contrahenten[3]; 2) andrerseits ein Kaufgegenstand, welcher nicht bloß eine Sache sein kann[4], sondern auch jeder andere überhaupt veräußerliche Vermögensgegenstand, z. B. ein ius in re aliena[i] oder dessen Ausübung[k], eine Forderung[l], selbst das bloße Besitzrecht[m], auch ein Vermögensinbegriff[n], desgleichen eine Mehrheit[o] gleich- oder verschiedenartiger Sachen[5], endlich auch im Voraus zukünftige, z. B. erst zu verfertigende[p] und selbst[q] noch ganz ungewisse Sachen[6].

Die Sache, welche Gegenstand des Kaufes ist, kann sowohl eine fremde[6a] als eine dem Verkäufer gehörige sein[r]. Doch ist ungültig der

[a] J. de emtione et venditione. 3. 23. cf. X. de emtione et venditione. 3. 17. [b] Dig. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt. 18. 1. Cod. de contrahenda emtione (et venditione). 4. 38. [c] L. 1. pr. §. 1. L. 72. pr. D. h. t. L. 1. D. de rer. permutat. 19. 4. §. 2. J. h. t. cf. L. 9. Cod. de rescind. vend. 4. 44. [d] L. 6. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 21. §. 4. eod. L. 79. D. h. t. [e] L. 7. §. 1. 2. L. 37. D. h. t. [f] L. ult. Cod. h. t. 4. 38. §. 1. J. h. t. cf. §. 1. J. de loc. et cond. 3. 24. Gai. III. 140. L. 75. 77. 79. D. pro soc. 17. 2. [g] cf. L. 25. pr. D. loc. 19. 2. L. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. [h] cf. L. 35. §. 1. D. h. t. 18. 1. L. 13. Cod. h. t. 4. 38. L. 22. §. 1. D. de R. J. L. ult. Cod. h. t. [i] L. 20. D. de servitut. 8. 1. §. 188. 193. 198. 200. [k] L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. §. 179. not. m. [l] Dig. de (hereditate vel) actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. §. 254 fg. [m] L. 34. §. 4. D. h. t. 18. 1. L. 28. D. de poss. 41. 2. §. 135. [n] not. l. [o] L. 62. §. 2. D. h. t. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. [p] §. 4. J. de locat. 3. 24. L. 2. §. 1. D. loc. 19. 2. L. 20. 65. D. h. t. 18. 1. [q] L. 8. D. h. t. §. 236. not. a. [r] L. 28. 34. §. 4. L. 16..18. pr. L. 39. pr. L. 61. D. h. t. L. 4. 10. Cod. h. t. 4. 38. cf. Cod. de rebus alienis non alienandis... 4. 51. de communium rerum alienatione. 4. 52.

Kauf einer entwendeten Sache[6b], wenn Käufer und Verkäufer darum wissen, nicht bindend für diesen, wenn bloß jener darum weiß[6]. Unwirksam ist auch, es sei denn der Käufer über die Eigenschaft der Sache in entschuldbarem Irrthum[7], der Kauf einer res extra commercium[7], sodann einer Sache, deren Kauf oder Verkauf überhaupt oder diesen Personen gesetzlich verboten ist[8].[8]

Anm. [1] Vgl. überhaupt Glück Erläutr. Th. 16. 17/1. 20. Treitschke der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel nach R. R. u. d. wichtigsten neuern Gesetzg. Leipzig 1838. 2. Aufl. [v. Wengler] 1865. Thöl Handelsrecht [4. Aufl. I.] §. 63..90. [5. Aufl. §. 250 fg. Grath und Wilda im] Rtslex. VI. S. 10..57. Windscheid §. 385..397. Bernhöft Beitr. z. L. v. Kaufe, in d. dogm. Jahrb. XIV. S. 58..205. (drbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1875. Nr. 17.) Bechmann der Kauf nach gemeinem Recht. Thl. I. Geschichte des Kaufs im R. R. Erlangen 1876. [(drbr. Degenkolb in d. krit. Vjschr. XX. S. 481 fg. Bernhöft in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 21. Bremer in d. Wiener Ztschr. IV. S. 739.) Thl. II. System des Kaufs nach gem. Recht. Erste Abth. 1884. Endemann Studien in d. rom.-kanon. Wirthschafts- und Rechtslehre II. (1868.) Nr. 5. S. 3 fg. Brinz Pand. 2. Aufl. §. 325 fg. Vgl. noch Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 133 fg. Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 209 fg. Ueber das Verhältniß des Kaufes zu verwandten Geschäften: Bechmann I. S. 420 fg. 427 fg. 485 fg. II. S. 119 fg. 159 fg. 255. 406 fg. 556 fg.]

[1a „Aber auch heute, wie vor Alters kann darin, daß, Zug um Zug, die Sache wie der Preis gegeben und genommen wird, der Kauf selbst bestehen, der Kauf also Naturalkauf ... das Product keiner voraufgehenden oder voraufzudenkenden Obligation oder Contrahirung ... vielmehr unmittelbarer ... Austausch und anstatt Folge der Grund von Obligationen sein." Brinz II. §. 325. S. 690 fg. Bechmann I. S. 8. u. passim.]

[2] Ausnahme in dem Falle, wenn Jemanden eine Sache feilgeboten ist? Thöl (4. Aufl.) §. 63. A. 2. [5. Aufl. §. 251. A. 5.] vgl. Gai. III. 141. L. 1. Cod. de permutat. 4. 64. Leist in Linde's Ztschr. XVII. S. 361 fg. [Brinz §. 325. bei A. 36.]

[2a Bechmann II. S. 375 fg., 384 fg., über den Kauf „mit Zweckbestimmung oder Zweckbeschränkung" ebenda S. 387 fg.]

[3] Man stellt häufig als Regel auf: pretium debet esse: a) *verum*, b) *certum*, c) *iustum*. Allein vgl. Thöl §. 64. [5. Aufl. §. 252.], insbesondere zu a) L. 36. 38. D. h. t. L. 3. 9. Cod. h. t. L. ult. D. pro don. 41. 6. L. 7. §. 6. L. 32. §. 25. 26. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; zu b) die Stellen in not. e..g. Seuffert's Arch. II. 166. VII. 26. XII. 20. [Fels die Bestimmtheit des Kaufpreises im gem. R. 1878. (zuerst veröffentlicht als Inaug.-Diss. unter dem Titel: Das Pretium certum des R. R. 1878.) (drbr. Eck in d. Jen. Litztg. 1879. Nr. 30.) Brinz II. S. 705 fg. Bechmann I. S. 544 fg. II. S. 338 fg.]; zu c) L. 22. §. 3. D. loc. 19. 2. (Paul.)

[6] L. 34. §. 3. D. h. t. [7] L. 4..6. pr. L. 22. 23. 24. 34. §. 1. 2. D. h. t. 18. 1. L. 8. §. 1. D de relig. 11. 7. L. 1. Cod. de sep. viol. 9. 19. cf. L. 62. §. 1. L. 70. D. h. t. L. 39. §. 3. 4. D. de evict. 21. 2. L. 4. D. quib. ad libert. 40. 13 L. 25. Cod. de evict. 8. 44 (45). §. 5. J. h. t. [8] L. 35. §. 2. D. h. t. cf. Cod. quae res venire non possunt et qui vendere vel emere vetentur. 4. 40. L. 62. pr. D. h. t. L. un. Cod. de contract. iud. 1. 53.

In emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere. L. 16. §. 4. D. de minor. 4. 4. Pomponius ait in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Daher das Sprichwort: „beliebig theuer und wohlfeil"; jedoch vgl. unten §. 307. R.P.O. v. 1577. Tit. 19. §. 8. (Preisbestimmung für den sog. Kauf der Früchte auf dem Halm oder am Stocke: „anders und mehrers nicht, als auf den Schlag, und gemeinen Kauff, was nemlich der Wein oder Treyd, zur Zeit des Contracts, oder aber vierzehen Tag die nechsten nach dem Herbst oder Ernden gelten wird".) Seuffert's Arch. XIV. 24. [Bechmann II. S. 148 fg.] — Uebrigens ist freilich sehr streitig: *a*) ob der Kauf mit Preisbestimmung ex arbitratu boni viri (not. g.) gültig sei? Dagegen spricht L. 25. pr. D. loc. 19. 2. Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur; cf. L. ult. Cod. h. t.; dafür L. 16. §. ult. D. de pign. 20. 1. Potest ita fieri pignoris datio ... ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emtoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio; *β*) ob vollends auch einem der Contrahenten die Preisbestimmung überlassen sein könne (not. h.)? Dagegen nach R. R. L. 35. §. 1. D. h. t. 18. 1. Illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit: *quanti velis*, *quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emtum* (cf. L. 13. Cod. h. t. 4. 38. In vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, nulla obligatio est. Idcirco dominus invitus ex huiusmodi conventione rem propriam vel quilibet alius distrahere non compellitur: darüber jedoch Goldschmidt in d. Ztschr. f. Handelsrecht I. S. 278., welcher diese Stelle nur von einem bloßen Anerbieten „wenn du willst" versteht, was zu dem *conventione* nicht wohl paßt); nicht entscheidend dafür L. 22. §. 1. D. de R. J. Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse. Cf. L. ult. Cod. h. t. Daher Thöl a. a. O. §. 64. S. 403. [5. Aufl. §. 252. Bd. I. 2. S. 214.] „Ein so unbedingtes Einverständniß mit dem Preis, den der Käufer bieten wird, bindet den Verkäufer nicht." Allein anders stellt sich die Sache nach heutigem Recht (§. 232.). Vgl. Seuffert §. 322. A. 9. „Soll die Bestimmung des Preises überhaupt nach dem arbitrium boni viri geschehen oder von einem der Contrahenten ausgehen, so ist kein Kauf, sondern aliud genus contractus vorhanden, nämlich nach heutigem Recht ein vollkommen wirksames Consensualgeschäft ohne technische Bezeichnung" (pactum de emtione venditione contrahenda?). Seuffert's Arch. IX. 339. XI. 233. XVI. 41; vgl. Windscheid §. 386. A. 6. 7. [Brinz II. S. 706. bes. bei A. 28.]

4 [Bechmann II. S. 117 fg. Emtio possessionis (not. m.): Bechmann II. S. 74 fg.] Ob auch baares Geld? Heyer in Linde's Ztschr. n. F. XV. S. 42 fg.; dagegen Anthes das. XVIII. 13., aber vgl. Windscheid §. 385. A. 8. Goldschmidt Handelsrecht I. 2. S. 1104. A. 11. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung S. 16. A. 33. [Flesch in d. dogm. Jahrb. XIX. 7. bes. S. 334 fg. und gegen ihn Rießer ebda. XX. 5. S. 201 fg. bes. S. 208 fg. 236 fg. 248 fg. Bechmann II. S. 153 fg.]

5 Der Kauf eines Inbegriffs für einen Gesammtpreis heißt emtio in *aversione* oder per aversionem (not. o. cf. L. 1. §. 15. D. de exerc. act. 14. 1. L. 10. §. 2. D. de lege Rhod. 14. 2.), Kauf in Bausch und Bogen, verschieden von dem gleich-

zeitigen Kauf mehrerer Sachen mit gesonderter Preisbestimmung. [Vgl. Brinz II. S. 702 fg. Bechmann II. S. 358 fg.]

6 Zu unterscheiden ist emtio *spei* oder der Hoffnungskauf, und emtio *rei speratae*; die letzte ist abhängig von dem Dasein solcher Sachen, welche beim Kauf in Aussicht gestellt waren, die erste nicht (not. q.). [Vgl. Brinz §. 325. A. 18. Anders Bechmann II. S. 142 fg., 252 fg.]

[6a Kohler Kauf einer fremden Sache, in Ges. Abh. Nr. 8. S. 224 . . 295.]

[6b Dazu Bechmann I. S. 684 fg. II. S. 208 fg.]

7 L. 4. D. h. t. Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur: L. 5. eod. „quia difficile dignosci potest liber homo a servo". — §. 5. J. h. t. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit; quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex emto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse. L. 62. §. 1. D. h. t. Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. L. 70. eod. Liberi hominis emtionem contrahi posse, plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet, etiamsi venditor sciat, emtor autem ignoret. Cf. L. 39. §. 3. D. 21. 2. „. . . qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam servum vendat, evictionis nomine tenetur." Es fragt sich hiernach a) ob, was vom Verkauf einer freien Person deutlich gesagt ist, überhaupt vom Verkauf einer res extra commercium gelte oder nur eine singuläre Bestimmung sei? wie man theils wegen des in L. 5. cit. angegebenen praktischen Grundes derselben, theils wegen vermeintlichen Widerspruchs der Stellen in not. t. (vgl. jedoch dagegen Brinz in d. krit. Ueberschau V. S. 295.) anzunehmen sich berechtigt hält; — sodann b) ob in andern Fällen der unwissende Käufer gegen den wissenden Verkäufer Anspruch auf das ganze Interesse (id quod eius interest, rem emtam habere) oder nur auf Ersatz des durch die Täuschung (dolo malo oder auch lata culpa venditoris) ihm zugefügten Schadens (quod eius interest, se deceptum non esse) habe? In beiden Beziehungen wird, und zwar eben so auch für den Fall der not. s. die beschränkende Ansicht vertheidigt von Mommsen Beitr. I. S. 118 fg. Windscheid in d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 116 fg. Ude im civ. Arch. XLVIII. S. 264 fg. — Jhering aber in d. dogm. Jahrb. IV. S. 9 fg. 63 fg. hält die emtio liberi hominis eben so, wie die einer jeden res extra commercium, für nulla, und findet einen Entschädigungsanspruch des unschuldigen Käufers überall aus dem Gesichtspunkt einer culpa in contrahendo des Verkäufers begründet (vgl. §. 231. A. 2. e.). Dagegen in beiden Beziehungen Brandis in Linde's Ztschr. VII. S. 180 fg. Savigny Obl. II. S. 284 fg. Sintenis II. §. 83. A. 22. §. 97. A. 7. 7a. vgl. §. 96. A. 18a. u. a. [Jetzt insbes. Mommsen Erörter. II. S. 33 fg. 89 fg.] Von jener Seite wird ohne hinreichenden Grund theils das „deceptum non esse" im engsten Sinne genommen, nur auf „das negative Vertragsinteresse" bezogen (Jhering S. 65.), theils der Ausdruck „emtio non tenet" auf unbedingte Nichtigkeit des Geschäfts gedeutet. Nicht „unmöglich", wie Jhering S. 18 sagt, sondern sehr wohl „konnte ein römischer Jurist sich dieser Worte bedienen, wenn er (gleichwohl) dem Käufer eine Klage auf das Erfüllungsinteresse gewähren wollte", um nämlich zu sagen, daß der Kauf den Käufer nicht binde, darum aber nicht auch der Verkauf für den Verkäufer unverbindlich sei, obwohl jener

dazu stehen will. Vgl. oben §. 202. not. g. §. 234. A. 3. 4. Wenn nach Ihering S. 61. A. 68. die Erben eines Holzhändlers unwissend ein Stück eines öffentlichen Platzes verkauft hatten, warum sollte nicht dasselbe gelten, als wenn sie ein Stück einer Wiese verkauft hätten, die nicht in publico usu, sondern in pecunia reipublicae war, der Eigenthümerin aber um keinen Preis feil ist? — Vgl. übrigens jetzt noch Windscheid Pand. §. 315. A. 5. 7., welcher, weil die sich widersprechenden Stellen einander aufheben, den Kauf einer dem Verkehr entzogenen Sache, wie früher, für ungültig, aber abweichend von seiner früheren Ansicht auch den schuldlosen Verkäufer dem unwissenden Käufer verpflichtet hält zum Ersatz des Nachtheils, welcher diesem daraus erwachsen ist, daß er sich auf den Kauf als einen gültigen Vertrag verlassen hat. [Dagegen tritt Bechmann, der für das R. R. Richtigkeit des Kaufs und gleichwohl Haftung des Verkäufers für dessen Vollziehbarkeit annimmt (I. S. 685 fg.), vom Standpunkt des heutigen Rechtes für die Giltigkeit des Vertrages ein, weil der römische Begriff der res publicae und der r. divini iuris dem modernen Rechte fehle. (II. S. 439 fg.)]

[8 Darüber vgl. Bechmann II. S. 290 fg.]

## §. 301.

### β) Schließung des Vertrags.

Der Kaufvertrag ist geschlossen und der Regel nach sofort beiderseitig bindend, sobald die Contrahenten über Gegenstand und Preis als gegenseitig zu gewährende Leistungen einig geworden[a], sofern nicht der Vertrag noch von einer **Bedingung** abhängig gemacht ist[1]. Eine solche liegt darin, daß der Kauf unter Vorbehalt einer **Prüfung** und **Billigung** der Waare durch den Käufer geschlossen wird[b], in dessen Belieben dadurch die Vollendung des Vertrags gestellt ist, vorausgesetzt[c], daß nicht vielmehr die Auflösung des unbedingt geschlossenen Vertrags einer später zu erklärenden Mißbilligung des Käufers überlassen sein soll[2]. Unvollendet in gewissem Sinn als gleichsam bedingter ist der Kaufvertrag auch dann, wenn der Preis nach Maß, Gewicht oder Zahl des Gegenstandes festgesetzt[d], sowie auch wenn der Gegenstand selbst in solcher Weise bestimmt, demnach erst aus einem Ganzen auszuscheiden ist[e], so lange bis das Zumessen, Zuwägen oder Zuzählen vollzogen ist[3].

Einer besonderen **Form** bedarf es zur Abschließung des Kaufs regelmäßig nicht[4]; ist schriftliche Abfassung verabredet, so ist der Regel nach (§. 232.) die Vollendung des Vertrags durch Vollendung der betreffenden Urkunde bedingt[f].

Es kann übrigens auch eine Verpflichtung zur Abschließung eines Kaufvertrags bestehen, deren Nichterfüllung eine Klage auf Ersatz des

[a] L. 9..15. D. h. t. cf. L. 7. eod. [b] L. 34. §. 5. D. h. t. L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6. §. 4. J. h. t. cf. L. 20. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. [c] L. 3. D. h. t. 18. 1. cf. L. 6. D. de rescind. vend. 18. 5. L. 31. §. 22. D. de aed. ed. 21. 1. (§. 71. A. 5. 6. §. 249. A. 1. 2.) [d] L. 35. §. 5 6. D. h. t. L. 1. §. 1. L. 4. §. 1. D. de peric. 18. 6. L. 2. Cod. eod. 4. 48. [e] L. 34. §. 5. L. 35. § 7. D. h. t. [f] pr. J. h. t. L. 17. Cod. de fide instrum. 4. 21.

Interesse erzeugen kann[5]. So namentlich vermöge des sog. pactum de *retrovendendo*, wodurch sich der Käufer einer Sache zu deren Rückverkauf an den Verkäufer, oder des pactum de *retroemendo*, wodurch sich der Verkäufer zum Rückkauf derselben Sache verpflichtet hat[a]. — Eine beschränkte Verpflichtung jener Art wird durch das einem Andern zustehende ius *protimiseos*, Vorkaufsrecht begründet, kraft dessen dieser, wenn der Verpflichtete verkaufen will, verlangen kann, daß derselbe vor andern ihm verkaufe[b].

Anm. [1] Der Kaufvertrag wird perfecta emtio venditio genannt, sobald er bindend geschlossen ist: L. 2. Cod. quando lic. 4. 45. cf. L. 3. 5. §. 1. (L. 5. i. f.) Cod. de rescind. vend. 4. 44. („consensu mutuo perfectam venditionem — resolvi non posse" oder: „consensu mutuo — perfectam vend. r. n. posse"? wornach unter perfecta venditio ein durch Uebergabe der Sache vollzogener Verkauf zu verstehen wäre, vgl. §. 267. A. 1a. und L. 1. Cod. de vend. reb. civ. 11. 32 (31). L. 21. §. 7. D. ad mun. 50. 1.). Aber der bedingte Kauf wird erst existente conditione perfecta emtio. §. 71. A. 2. L. 8. pr. D. de peric. 18. 6. „si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, (quantum) sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio". Vgl. Stintzing in d. dogm. Jahrb. X. S. 191 fg. 200 fg., dagegen Regelsberger in d. krit. Vjschr. XIII. S. 99 fg. 116. (§. 302. A. 2.). [Wendt Reurecht und Gebundenheit. II. Die Reuverträge §. 7. Bechmann II. S. 395 fg.]

[2] Ein Fall dieser Art wird in den Quellen besonders hervorgehoben: der Weinkauf unter Vorbehalt des Kostens (degustatio), und dieser ist denn bisher gleichsam als Muster betrachtet, daher auch die Benennung „emtio *ad gustum*" in Anwendung auf alle verwandten Fälle üblich geworden (Puchta §. 360 bei not. i. Savigny Syst. III. S. 131. A. i.) Dagegen hat jedoch Goldschmidt in d. Ztschr. f. Handelsrecht I. S. 73 fg. nachzuweisen versucht, daß für den Verkauf von Wein (Faßwein) im R. R. eigenthümliche Bestimmungen bestanden haben, wornach er von andern hierhergehörigen Fällen wesentlich verschieden wäre, daß nämlich dabei der Vorbehalt der degustatio sich von selbst verstanden habe, und zwar als resolutiv bedingend, daß derselbe nur wegen acor und mucor den gekauften Wein „aufzuschießen" berechtigt, die Gefahr des Unterganges aber sofort den Käufer getroffen habe; und dieser Ausführung ist auch, nur etwa mit Beanstandung des ersten Punktes, von mehreren Seiten beigestimmt worden, z. B. Fitting im civ. Arch. XLVI. S. 241. Thöl Handelsrecht. 4. Aufl. §. 71. [5. Aufl. §. 259. Vgl. jetzt noch Wendt Reuverträge S. 35 fg. 92 fg. 127 fg. Kohler in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 355 fg. Bechmann II. S. 537 fg.] Allein mag es damit seine Richtigkeit haben oder nicht, jedenfalls wird zugleich anerkannt, daß jenes Institut der degustatio vini in seiner eigenthümlich römischen Gestalt dem heutigen Recht nicht mehr angehöre, daß dagegen nach heutigem wie nach römischem Recht ein jeder Kauf, sei es in seinem Zustandekommen, sei es in seinem Bestande, von der Billigung der Waare durch den Käufer abhängig gemacht, die Abschließung des Geschäfts, beziehungsweise dessen Auflösung auf des Käufers Gefallen, beziehungsweise Mißfallen gestellt werden könne. Man nennt ein solches Geschäft: Kauf oder Handel

[a] L. 12. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 2. Cod. de pact. int. emt. 4. 54. [b] L. 75. D. h. t. 18. 1. L. 21. §. 5. D. de act. emti. 19. 1. L. 122. §. 3. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 7. 8. D. de in diem add. 18. 2. vgl. §. 197.

„nach Belieben", „nach Gefallen", „auf Gefallen", „auf Besicht" oder „auf Probe" (unter welchem letzten Ausdruck jedoch Einige, z. B. Puchta §. 360. not. k., nur das resolutiv-bedingte Geschäft dieser Art verstehen). Das deutsche Handelsgesetzb. Art. 339. 347. hat die Bezeichnung „auf Besicht" oder „auf Probe" adoptirt, mit der Bestimmung, daß darin im Zweifel eine aufschiebende Bedingung zu erkennen sei. Doch ist bestritten, ob der Bestand des Geschäfts von dem bloßen Belieben des Käufers abhängig, nicht vielmehr auf das *arbitrium boni viri* gestellt sei; das letzte hat neuestens Unger in Goldschmidt's Ztschr. III. S. 407 fg. scharfsinnig vertheidigt in dem Sinne, daß es auf die objective Wahrheit ankomme, ob dem Käufer die Waare gefalle, ob dieser (nicht ein Dritter, sei es auch der Richter) sie preiswürdig und billigungswerth finde, worüber auch der Eidesantrag zulässig, daß aber der Käufer nicht aus bloßer Laune, nicht bloß weil ihm der Kauf nicht gefalle, diesen vereiteln dürfe. Dagegen Fitting in ders. Ztschr. V. S. 90 fg. und im civ. Arch. XLVI. S. 243. 254 fg. Thöl a. a. O. [Wendt S. 63: „in der That sind dem, welchem das placere noch freigestellt ist, keine Grenzen seiner Prüfung und Entscheidung gesetzt"; Bechmann II. S. 219: „Practisch .. ist das unmotivirte Urtheil über einen den Entschluß bestimmenden Umstand eben doch nichts anderes als Wille" ... es ist „vergebliche Mühe, zwischen .. der Bedingung *si volam* und der Bedingung *si res placuerit* .. eine erhebliche praktische Verschiedenheit zu ermitteln"], womit auch das deutsche Handelsgesetzbuch übereinstimmt (Art. 339.); Thöl erklärt darnach den Ausdruck „Handel auf Laune" für den treffendsten. Ueber die näheren Bestimmungen vgl. übrigens vorzüglich Goldschmidt a. a. O. I. S. 111 fg. 262 fg. 386 fg. 554 fg. mit Thöl a. a. O., s. auch Hofmann Periculum §. 34. 35. [u. vgl. noch Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 153.], über die Praxis: Seuffert's Arch. III. 46. X. 40. XVIII. 239. — Durchaus verschieden vom sog. Kauf auf Probe ist der Kauf nach Probe, wobei eine gewisse Qualität der zu liefernden Waare mit Beziehung auf vorgelegte Musterstücke verheißen wird (vgl. §. 304.), und der Kauf zur Probe, der juristisch nichts eigenthümliches hat. Vgl. Heise in seinen und Cropp's Abh. I. 13. „vom Handel nach Probe". Hesse über den Kauf nach vorgezeigten Proben, in Linde's Ztschr. n. F. III. 4. Handelsgesetzb. Art. 340. 341. 347. Thöl a. a. O. §. 72. Hofmann a. a. O. §. 36. [Dernburg a. a. O. §. 154.] — Seuffert's Arch. I. 337. II. 169. III. 46. IV. 78. V. 129. 154. VI. 27. VII. 304. VIII. 39. IX. 88. XVI. 43.

[3] L. 35. §. 5. D. h. t. 18. 1. In his, quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut simulatque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quodsi vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos (singulas) metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici? quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumera-

veris *(emtio perficiatur?)* §. 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. §. 7. Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel (insimul) dictum sit, an in singulos eos. Vgl. §. 302. A. 2. 3. [Bechmann II. S. 320 fg., insbes. über das Lieferungsgeschäft ebenda S. 331 fg. u. Brinz II. S. 731 fg.]

4 Ueber Verkauf durch Versteigerung vgl. §. 231. A. 4.

5 Unter diesen Gesichtspunkt könnte man auch den (suspensiv bedingten) Handel nach Belieben (A. 2.) stellen, als einen nur den Feilbieter bindenden Vorvertrag zu einem Kaufe, ein verpflichtendes Versprechen von einer Seite, den gegenseitigen Vertrag einzugehen, wenn der andere will; aber es wird dieß im R. R. als bedingte Abschließung des Kaufvertrags selbst behandelt. Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 266 fg. Thöl §. 71. [5. Aufl. §. 259.] Nach R. R. war dies wichtig, weil der Vertrag als bloßer Vorvertrag, der selbst noch nicht wenigstens bedingte emtio, also nicht Consensualcontract war, ohne Stipulation auch für den Feilbieter noch gar nicht bindend gewesen wäre; nach heutigem Recht wäre dieses unzweifelhaft der Fall, und besteht der Unterschied der Auffassung nur mehr darin, daß nach der einen zunächst nur eine Verpflichtung des Feilbieters zur Abschließung des Kaufvertrages entstünde, nach der andern dieser durch die erklärte Billigung des Käufers, wie jeder bedingte Kauf durch Erfüllung der Bedingung, sofort zum Abschluß gebracht würde, wobei natürlich vorausgesetzt wird, daß der Kaufvertrag seinem Inhalte nach übrigens vollkommen festgestellt war. Zwar hat man jene Auffassung des R. R. beanstandet, als widerstreitend der Regel, daß die Bedingung eines Verpflichtungsvertrags nicht schlechthin auf das Belieben des sich Verpflichtenden gestellt sein könne (§. 67. A. 1.). Savigny a. a. O. (A. 2.) [und ähnlich neuestens Bechmann II. S. 212 fg., 226 fg.] findet darin nur „eine ganz einzelne Ausnahme dieser Regel", (dagegen Scheurl Nebenbest. S. 92.), Unger aber a. a. O. hat, um dem zu entgehen, der Bedingung „si placuerit" eine andere Deutung gegeben, während Fitting in Goldschmidt's Ztschr. II. S. 228 fg. V. S. 90 fg. jene Regel dahin beschränkt, daß ein Verpflichtungsvertrag nur nicht ausdrücklich und geradezu von dem Willen des Versprechenden abhängig gemacht werden könne, und daraus die Zulässigkeit einer emtio sub conditione „si placuerit emtori" erklärt. Allein die Schwierigkeit erledigt sich ohnedies durch die Erwägung, daß von einem gegenseitigen Schuldvertrage die Rede ist und nichts im Wege steht, diesen vorerst so abzuschließen, daß zwar der eine Contrahent sofort bedingt gebunden, der Bestand des Geschäfts aber doch von der Willkür des andern abhängig sein soll. Windscheid Pand. I. §. 93. A. 1. [Wendt Reuvertr. S. 73 fg.] vgl. oben §. 234. A. 3..5. Damit steht nicht im Widerspruch L. 13. Cod. h. t. (§. 300. A. 3.), denn unter conditio comparandi ist nicht eine Bedingung im technischen Sinn zu verstehen, sondern wesentliche Vertragsbestimmung, „Verkaufsbedingniß" (§. 66. A. 3. a. E.), noch L. 7. pr. D. h. t. 18. 1.; denn daraus folgt nur, daß die *venditio* sub conditione „si placuerit venditori" nulla, d. h. für den Verkäufer nicht bindend sei, daß dieser darauf nicht ex emto belangt werden könne, nicht daß auch der Käufer nicht gebunden sei, wenn jener will (dies gegen Fitting im civ. Arch. XLVI. S. 267.). Nach heutigem Rechte vollends möchte kaum etwas gewisser sein, als daß ein Kaufvertrag mit vollkommener Einigung über Waare und Preis gültig abgeschlossen werde etwa unter der Bedingung:

„wenn Käufer (oder „Verkäufer") in acht Tagen sich endgültig darüber erkläre". Damit stimmt auch das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 339. überein; vgl. bayer. Entw. II. Art. 352. Förster II. S. 63 fg. [Vgl. noch Römer, „der Kaufvertrag auf Lieferung von Eisen mit dem Recht des Käufers auf sog. Specification" in dessen Abhdl. aus dem R. R. Heft 1. (1877.) Nr. 4. Dagegen Kohler dogm. Jahrb. XVII. S. 273 fg.]

### b) Wirkungen des Kaufvertrags.

#### α) Beim Kauf von Sachen.

## §. 302.

### aa) Im Allgemeinen.

Der Kaufvertrag erzeugt gegenseitige Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers, deren Erfüllung dieser durch die actio venditi, beziehungsweise jener durch die actio emti erwirken kann[a].

1) Die Verbindlichkeit des **Verkäufers** besteht zunächst darin[b], daß er die verkaufte Sache dem Käufer überliefere, so daß ihm der Besitz und Genuß derselben gesichert bleibe[1]. Er hat mit der Hauptsache auch deren Zubehör[c], und, was seit Abschluß des Kaufes als Zuwachs hinzugekommen, commodum rei[d], zu erstatten[1a]. Bis zur Ueberlieferung der Sache ist er zu aller Sorgfalt in Ansehung derselben verpflichtet[e], und haftet überhaupt wegen des Schadens, den er in Beziehung auf das Geschäft durch Dolus oder Culpa dem Käufer verursacht[f].

2) Der **Käufer** ist verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, nebst Zinsen von der Zeit an, da ihm die Sache überliefert worden[g], auch die seit Abschluß des Kaufes vom Verkäufer auf die Sache gemachten nothwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen[h]. Diese Verbindlichkeiten hat der Käufer auch dann zu erfüllen, wenn seit dem Kaufe durch Zufall, d. i. ohne Verschulden des Verkäufers, die Sache zu Grunde gegangen oder verschlechtert oder dieser sonst außer Stand gesetzt ist, dieselbe zu überliefern[i]; der Käufer trägt die **Gefahr** der Sache[2]. Bei **bedingtem** Kaufe jedoch trägt der Käufer zwar die Gefahr der **Verschlechterung**, nicht aber auch, so lange die Bedingung schwebt, die Gefahr des **Untergangs** der Sache[k]. Ist nach **Maß**, **Zahl** oder

[a] Dig. de actionibus emti (et) venditi. 19. 1. Cod. 4. 49. [b] L. 11. §. 2. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. [c] L. 13. §. 31. L. 14..18. 38. §. 2. D. h. t. L. 47..49. D. de contrah. emt. 18. 1. (§. 54.). [d] L. 13. §. 10. 11. 13. D. h. t. L. 7. pr. D. de periculo. 18. 6. L. 16. Cod. h. t. L. 4. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 81 (80). pr. D. de furt. 47. 2. (§. 253.) [e] L. 5. §. 2. i. f. D. commod. 13. 6. L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. L. 1. §. 1. L. 3. D. de periculo. 18. 6. §. 3 a. (3). J. h. t. 3. 23. [f] L. 9. 41. §. 1. D. de evict. 21. 2. L. 41. D. h. t. [g] L. 11. §. 2. L. 13. §. 19..21. D. h. t. L. 5. 6. Cod. h. t. L. 18. §. 1. D. de usur. 22. 1. [h] L. 13. §. 22. D. h. t. L. 13. 16. Cod. h. t. [i] Dig. de periculo et commodo rei venditae. 18. 6. Cod. 4. 48. §. 3. J. h. t. 3. 23. [k] L. 8. D. l. c. §. 71. N. 3.

Gewicht verkauft worden, so trifft den Käufer selbst die Gefahr der Verschlechterung nicht, bis die Zumessung geschehen[3], es sei denn diese durch seine Schuld verzögert worden[1]. Auch ergibt sich bei dem Kaufe auf Billigung oder Besicht von selbst, daß der Käufer nicht die Gefahr der Verschlechterung zu tragen braucht[m]. Der Käufer haftet übrigens dem Verkäufer ebenfalls für Dolus und Culpa[4].

Anm. [f] Ob die Absicht auf Eigenthumsübertragung ausgeschlossen sei? vgl. a) L. 16. D. de cond. causa data. 12. 4. (Celsus). Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. (Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 408. „Dazu (ideo), nur dazu ist gegeben, der Erfolg also auch dann, wenn Stichus vorher stirbt, ein unrechter". §. 342.) b) L. 80. §. 3. D. de contr. emt. 18. 1. Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat. c) L. 30. §. 1. D. h. t. 19. 1. (African.) Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit. Cf. L. 9. 41. §. 1. D. de evict. 21. 2. (§. 303. A. 7.) d) Vat. fragm. §. 12. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor restituere non cogetur, tametsi maxime (Huschke: *nisi maximi*) fideiussores evictionis offerantur, cum (Huschke: *tametsi*) ignorans possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite, nec oportet evictionis securitatem praestari (*praestolari?*), cum in ipso contractus limine dominii periculum immineat. Cf. L. 19 (18). §. 1. D. de peric. 18. 6. (Pap.) Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emtor solvere non cogetur, *nisi* fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur. L. 24. Cod. de evict. 8. 44 (45). Nach heutigem Recht, nach welchem schon jede mala fides superveniens die Ersitzung ausschließt (§. 160.), erhalten diese Stellen consequent noch eine weitergreifende Anwendung. Einige aber sind der Meinung, daß nach heutigem Recht durch den Verkauf unmittelbar die Pflicht Eigenthum zu übertragen begründet werde. Keller §. 330. Ziebarth Realexecution S. 194.; dagegen Windscheid §. 389. [Brinz 2. Aufl. II. S. 335. 337.] Vgl. übrigens Förster [2. Aufl.] II. S. 76. 81 fg. Eck die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums [Festschrift zu Witte's 60jähr. Doctorjub.] 1874. (vrbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 42. Hofmann in d. Wiener Ztschr. II. S. 486 fg. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XVII. S. 273 fg.), [Bechmann Kauf I. S. 104. Note 2. S. 108. 305 fg. 546 fg. II. S. 61 fg., 70 fg., gegen Eck] Bernhöft in d. dogm. Jahrb. XIV. S. 165 fg. [gegen diesen] Windscheid 4. Aufl. §. 389. A. 8a. [vgl. noch Karlowa Rechtsgeschäft S. 212 fg. Kohler Ges.Abh. S. 236 fg.] — Ueber das Recht des Verkäufers, die Ueberlieferung der Sache zurückzuhalten, wenn der Preis nicht bezahlt

[1] L. 5. D. l. c. L. 2. Cod. eod. L. 35. §. 7. D. de contrah. emt. [m] L. 34. §. 5. D. l. c. L. 4. pr. §. 1. D. de periculo. 18. 6.

wird vgl. §. 234. A. 2., insbesondere über L. 50. D. h. t. Tiktin l. c. cap. IV. pag. 87 sq.

[1a S. nun Bechmann II. S. 362 fg.]

2 §. 3. J. h. t. „Cum autem emtio et venditio contracta sit . . . periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit." L. 8. D. h. t. 18. 6. „perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet". Vgl. §. 275. A. 1. Windscheid §. 390. Gelbke im civ. Arch. LIX. 12. [Brinz 2. Aufl. §. 242. 243. Bechmann I. S. 543. 591 fg. II. S. 134 fg.] Ueber die Anwendung dieses Satzes insbesondere a) wenn der Kaufgegenstand nur nach der Gattung bestimmt ist (Genuskauf), sei es schlechthin, oder mit Bezugnahme auf einen bestimmten Inbegriff von Sachen, woraus derselbe nach Maß, Zahl oder Gewicht zu entnehmen ist (Ausscheidungs- oder Individualisirungs-, Erfüllungs- oder Lieferungstheorie?): Heyer in Linde's Ztschr. n. F. XV. 1. Thöl Handelsrecht I. §. 74 fg. [5. Aufl. §. 264 fg.] Ihering in den dogmat. Jahrb. IV. 5. Bekker im Jahrb. V. 17. Regelsberger im civ. Arch. XLIX. 8. Hofmann Periculum §. 41..48. Stintzing in d. dogm. Jahrb. X. 3. bes. S. 200 fg. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XIII. S. 109 fg. [Kohler in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 390 fg. Flatau über das Tragen d. Gefahr beim Genuskaufe. 1880.] b) wenn Kaufgegenstand ein bestimmtes Ganze, der Preis aber nicht als ein Preis für das Ganze, sondern nach Maßen seines Gehaltes, die erst durch Messen, Zählen oder Wägen zu ermitteln sind, bestimmt ist (emtio ad mensuram, Specieskauf mit Quantitätspreis)? Thöl §. 75. [5. Aufl. §. 265.] Hofmann §. 49. Regelsberger im Arch. S. 184 fg. und in d. Vjschr. S. 105 fg. [Kohler a. a. O. S. 394.] c) beim Verkaufe einer fremden Sache? Ihering in d. Jahrb. III. 7. Goose das. IX. S. 208. Vangerow §. 635. A. III. [S. 438 fg.] Windscheid §. 390. A. 15. 16. d) wenn derselbe Verkäufer die Sache nacheinander an mehrere verkauft hat? Ihering a. a. O. bes. S. 455 fg. Goose S. 208 fg. Windscheid A. 17. Vangerow A. IV. Hofmann §. 51..53. Martinius der mehrfache Verkauf derselben Sache, Inaug.-Differt. Halle 1873. Windscheid a. a. O. 4. Aufl. [Oesterlen d. mehrf. Verkauf derselben Sache. Inaug.-Diss. 1883.]

3 Mommsen Beitr. I. S. 339 fg. spricht den Käufer von dem periculum deteriorationis nur dann frei, wenn der Kaufgegenstand nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt ist (§. 301. not. e.) und nicht „alle Gegenstände, aus denen der zu liefernde entnommen werden soll, deteriorirt sind" [S. 342.], indem er diesen Kauf schlechthin einem bedingten gleichstellt; vgl. auch Thöl §. 75. [5. Aufl. §. 265.] Windscheid §. 390. A. 12..14. Hofmann S. 135 fg. Aber beide Beschränkungen sind zu verwerfen. Vgl. §. 301. A. 3. L. 2. Cod. de peric. 4. 48. Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. §. 1. Quum autem universum, quod in horreis erat postea (*positum*) venisse sine mensura et claves emtoribus traditas allegas, perfecta venditione quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. §. 2. Haec omnia locum habent non solum, si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vel his similia venierint et ea aut deteriora (*deteriorata*) aut penitus corrupta fuerint. Vgl. auch Vangerow III. §. 635. A. I. Bekker a. a. O. S. 391 fg. Regelsberger in d. Vjschr. XIII. S. 108 fg. Gleichwohl

aber: et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. D. h. t. 18. 6.

4 [Die Haftung des Käufers für exacta dilig. bestreitet Pernice Labeo II. S. 319. — Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache zu übernehmen bezw. abzuholen: L. 9. D. de A. E. V. 19. 1. Ueber die Ansprüche des einen Contrahenten aus dem Dolus des anderen: Mommsen Erört. II. Anh. I. S. 143 fg.] Ueber eine eigenthümliche Anwendung der actio venditi zu dem Zweck, um Sachen, die aus Anlaß des Kaufes, der sie nicht mitbegriff, dem Käufer zugekommen sind, zurückzuerhalten: L. 29. 30. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 2. Cod. h. t. 4. 49., vgl. Fitting im civ. Arch. XLVIII. 12. und die daselbst citirte Dissertation von Thilo „de venditi actionis usu quodam speciali". Hal. 1865.

## §. 303.

### bb) Verbindlichkeit wegen Entwährung.

Der Verkäufer ist nicht nur verpflichtet, dem Käufer die Sache zu überliefern; er haftet auch dafür, daß derselbe sie kraft des Kaufes behalten könne (ut emtori rem habere liceat); er muß ihm daher Ersatz leisten, wenn sie ihm durch einen Andern rechtlicher Weise abgestritten (evincirt) wird[a]. Voraussetzung dieser Verbindlichkeit zur Evictionsleistung[1] ist, daß dem Käufer der Gegenstand des Kaufes[b], ganz oder zum Theil[2], im Wege rechtmäßigen gerichtlichen Verfahrens[c] vermöge eines in die Zeit des Kaufes zurückreichenden Rechtsgrundes[d] abgestritten sei[3]. Sie tritt nicht ein, wenn die Sache durch eine Verfügung der Staatsgewalt[e] oder durch Gewaltthat[f] oder durch ungerechten Richterspruch[g] dem Käufer entzogen oder ohne richterliches Urtheil abgegeben[h] oder vor der Entwährung zu Grunde gegangen ist[i], sowie auch, wenn jener durch seine Schuld den Rechtsstreit verloren[k], und insbesondere, wenn er ohne Entschuldigungsgrund es unterlassen hat, dem Verkäufer, beziehungsweise dessen Erben, von dem erhobenen Rechtsstreit zu gehöriger Zeit Kunde zu geben (litem denunciare[l]), er vermöchte denn darzuthun, daß dieses für den Erfolg unerheblich gewesen wäre[4]. Die Verbindlichkeit fällt außerdem weg, wenn der Verkauf zum Zweck des Spiels geschehen ist, um dazu dem Verkäufer Geld zu verschaffen[m], wenn die Sache als eine der Gefahr der Entwährung

[a] Dig. de evictionibus et duplae stipulatione. 21. 2. Cod. de evictionibus. 8. 44 (45). [b] L. 1. D. h. t. L. 47. eod. [c] L. 16. §. 1. L. 34. §. 1. 2. eod. [d] L. 27. 28. L. 34. pr. eod. L. 1. Cod. de periculo. 4. 48. [e] L. 11. pr. D. h. t. [f] L. 17. Cod. de act. emti. 4. 49. [g] L. 51. pr. D. h. t. [vgl. aber jetzt R.C.Pr.O. §. 65.] [h] L. 56. §. 1. eod. L. 17. Cod. h. t. cf. L. 18 (19). §. 3. D. de neg. gest. 3. 5. [i] L. 21. pr. §. 1. D. h. t. [k] L. 55. pr. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. cf. L. 29. §. 1. eod. L. 56. §. 3. eod. L. 8. Cod. h. t. [l] L. 53. §. 1. L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. 6. L. 62. §. 1. D. eod. L. 8. 9. 23. Cod. eod. cf. L. 63. pr. D. eod. [m] L. 2. §. 1. D. quar. rer. actio. 44. 5.

unterworfene[5] gekauft[n], oder die Haftung dafür durch besondere Verabredung[6] ausgeschlossen ist[o].

Der Inhalt der Leistung, welche wegen erlittener Entwährung[7] schon nach der Natur des Vertrags durch die actio emti gefordert werden kann, bestimmt sich durch das Interesse des Käufers[p], unter Berücksichtigung einerseits der Werthminderung[q], andererseits der Accessionen[r], und der Werthérhöhung der Sache, jedoch mit der Beschränkung, daß die letzte, abgesehen von den auf die Sache gemachten Verwendungen, nicht über das Doppelte des Kaufpreises berechnet werden soll[s]. Es kann aber auch für den Fall der Entwährung eine bestimmte Summe versprochen werden[8]. Alsdann kann der Verkäufer vermöge des Versprechens, wenn die ganze Sache entwährt wird, auf Zahlung dieser Summe belangt werden, wenn aber nur ein Theil der Sache entwährt wird, nur auf Zahlung des entsprechenden Theils der Summe[t], welcher bei Entwährung eines reellen Theils der Sache nach dem Verhältniß dessen Werthes zum Werthe des Ganzen zur Zeit des Kaufes zu bemessen ist[9].

Anm. 1 Eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung kann auch in andern Fällen vorkommen, wo eine Verbindlichkeit zur Gewährung eines Vermögensgegenstandes begründet ist, z. B. beim Tausch (§. 308.), beim Vergleich (§. 269.) rücksichtlich der zur Abfindung gegebenen Sache L. 33 (34). Cod. de transact. (2. 4.); streitig, ob auch der Schenker zur Evictionsleistung verpflichtet sei? vgl. L. 18. §. 3. D. de donat. 39. 5. L. 2. Cod. h. t. 8. 44 (45). cf. Pauli sentt. V. 11. §. 5. L. 45. §. 1. 2. L. 46. D. de legat. I. L. 29. §. 3. D. de legat. III. [Dazu Mommsen Erörtr. II. S. 72. — Ueber Ev. beim Pfandverkauf s. §. 375. A. 1; bei der Dos §. 403.] — Ueberhaupt vgl. Glück Bd. 20. §. 1115 . . 1127. Liebe im Rtslex. Art. „Gewährleistung". IV. S. 811 . . 828. K. O. Müller d. L. d. R. R. von der Eviction, Thl. I. Halle 1851. Bekker z. L. v. d. Evictionsleistung im Jahrb. VI. 8. Sintenis §. 116. 3. Aufl. II. S. 631 . . 644. Keller §. 331. „Nachwährschaft für Eviction", Vangerow III. §. 610. Windscheid §. 391 fg. mit der Ueberschrift „Haftung . . wegen Entwehrung". So schreibt der Vf. mit Rücksicht auf Grimm's Wörterb. v. „Entwährung" und „Entwehrung". [Bechmann Kauf I. S. 141. A. 1.] Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 148 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 280. 328. Kohler Ges. Abhand. S. 238 fg. — Historisches bei Bechmann I. S. 109 fg. 243 fg. 318 fg. 361 fg. 374 fg. 665 fg. II. S. 67 fg.]. Zu Dig. de evict. 21. 2. vgl. Huschke zur Pandektenkritik S. 57 . . 75.

2 Als ein Fall theilweiser Entwährung wird es auch angesehen, wenn gegen den Käufer der Nießbrauch an der Sache erstritten wird. L. 66. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 15. §. 1. L. 39. §. 5. L. 49. D. h. t. cf. L. 38. §. 3. D. de V. O. 45. 1.

n L. 27. Cod. h. t. o L. 11. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. cf. L. 68. pr. D. h. t. p L. 60. 67. eod. L. 6. 17. 23. Cod. h. t. q L. 70. D. eod. r L. 8. 16. pr. eod. s L. 43 . . 45. §. 1. D. de act. emt. 19. 1. L. 9. Cod. h. t. t L. 64. D. h. t. cf. L. 1. 13. 14. 53. pr. 56. §. 2. L. 72. eod.

Streitig aber ist es, ob und inwiefern auch wegen Erstreitung einer **Grunddienstbarkeit** an der Sache Evictionsleistung stattfinde? oder wenigstens ein Anspruch auf Preisminderung wegen Mangelhaftigkeit der Sache (§. 304.) begründet sei? Dagegen, abgesehen von dem Fall der Arglist und der ausdrücklichen Zusicherung der Servitutfreiheit, die jetzt herrschende Meinung: Müller S. 185 fg. Vangerow §. 610. A. 8. Windscheid §. 391. A. 28. Vgl. a) L. 90. 126. 169. D. de V. S. L. 48. D. h. t. b) L. 1. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. L. 69. §. 5. D. h. t. c) L. 59. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 75. D. h. t. Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt, et vindicentur ab alio, Qu. Mucius et Sabinus existimant, venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere, nisi, *ut optimus maximusque esset*, traditus fuerit fundus; tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emtor petat viam vel actum; venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum, tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. d) L. 15. §. 1. D. h. t. Si usus fructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est. Sed et si servus evincatur, quanti minoris ob id praedium est, lis aestimanda est. (Cuiac. obs. lib. II. cap. 20. [ed. Neap. tom. III. col. 39.] emend.: *Sed et si servitus ev. etc.* cf. Mommsen ad h. l. Dig. I. p. 621.). L. 61. D. de aed. ed. 21. 1. Quoties de servitute agitur, victus tantum debet praestare, quanti minoris emisset emtor, si sciisset hanc servitutem impositam. — Seuffert's Arch. III. 314. VII. 163. XI. 28. 222. XII. 258. XIV. 127. 217. XVII. 230. — Uebrigens kann auch die Eviction eines **Erzeugnisses** oder anderer **Accessionen** die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung begründen. L. 8. D. h. t. Die scheinbar widersprechenden L. 42. 43. eod. erklären sich durch die strenge Natur der duplae stipulatio. (A. 8.)

[3] Ein Evictionsanspruch kann dem Käufer entstehen sowohl wenn er als Kläger, als wenn er als Beklagter im Rechtsstreit unterliegt, vorausgesetzt im ersten Falle, daß er ohne seine Schuld in die Lage versetzt ist, klagen zu müssen; er entsteht auch dann, wenn der Käufer anstatt der Herausgabe der abgestrittenen Sache deren Geldwerth (litis aestimationem) gezahlt hat: nicht auch, wenn das die Sache aberkennende Urtheil nicht zur Vollziehung kommt. L. 16. §. 1. D. h. t. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, quum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est. Cf. L. 21. §. 2. L. 29. §. 1. D. h. t. L. 57. pr. §. 1. eod. — Die Entwährung kann übrigens nicht blos durch **dingliche** Klagen (auch durch die Pfandklage, L. 35. D. h. t., auch in Folge einer in int. restitutio, L. 39. pr. L. 66. §. 1. eod.), sondern auch durch **persönliche** Klagen herbeigeführt werden, z. B. eine Theilungsklage, L. 64. §. 1. eod., eine Noxalklage, L. 11. §. 12. D. de act. emti. 19. 1.; ob auch durch Besitzklage? L. 35. D. de act. emt. cf. L. 11. §. 13. eod. Vgl. Müller a. a. O. §. 17 . . 22. Bekker S. 266 fg.

[4] So die gemeine Meinung, arg. L. 53. §. 1. D. h. t. Si, quum possit emtor auctori denuntiare, non denuntiasset, idemque *(ideoque?)* victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse. Bekker S. 292 fg. Windscheid dagegen §. 391. A. 12. legt dem Verkäufer den Beweis auf, daß er in der Lage gewesen wäre, dem Processe eine andere Wendung zu geben, wenn der Käufer nicht die rechtzeitige Streitanzeige nachlässig versäumt hätte: das scheint mir praktisch verwerflich und keine Correktur der herrschenden Meinung. — Weiter noch

geht die Nachsicht gegen den Käufer im Fall der L. 11. §. 12. D. 19. 1. (Ulp. lib. 32. ad ed.): . . . sive defendat noxali iudicio, sive non, quia manifestum fuit, noxium servum fuisse, nihilominus vel ex stipulatu vel ex emto agere posse. Auf diese Stelle gründet sich die Meinung, daß der Käufer überhaupt auch dann den Evictionsanspruch habe, wenn er auf Anfordern ohne Proceß die Sache herausgegeben hat, wofern dieser unzweifelhaft vergeblich gewesen wäre. Sintenis S. 641. A. 187. vgl. Bekker S. 288 fg. Windscheid §. 391. A. 10., die noch einen Beleg dafür finden in L. 29. pr. D. h. t. L. 13. §. 15. D. de act. emti. 19. 1. Vgl. A. 7. Ein vorsichtiger Käufer, der sich in einen ihm hoffnungslos scheinenden Proceß nicht einlassen mag, wird übrigens dem Verkäufer von dem erhobenen Anspruch eines Dritten Anzeige machen, bevor er ohne Proceß die Sache herausgibt. Vgl. Keller §. 381. S. 623.

5 Dies ist der Fall, wenn der Käufer wußte, daß die Sache eine fremde sei, er hätte sich denn ausdrücklich Evictionsleistung versprechen lassen; not. n. cf. L. 7. Cod. commun. utr. iud. 3. 38. Vangerow §. 610. A. 5. — Singuläre Bestimmungen wegen Ersatz des Kaufpreises in L. 3. §. 4. Cod. commun. de legat. 6. 43. und Nov. 7. cap. 5.

6 Ein solches pactum de non praestanda evictione schließt freilich die Haftung wegen Dolus nicht aus. Dagegen ist die früher herrschende Meinung, daß dasselbe auch den redlichen Verkäufer nicht von Rückerstattung des Kaufpreises befreie (bekämpft von J. H. Böhmer vindiciae iuridicae pacti de non praest. evict. contra communes errores, Hal. 1735 [1744]; vgl. dessen Exercitat. ad pand. IV. exerc. 61. und praef.), jetzt von den Meisten aufgegeben. Glück XX. S. 300 fg. Vangerow a. a. O. A. 4. [Kricheldorff die Wirkung d. sog. pact. de n. pr. ev. generale in Rücksicht auf den Kaufpreis. Leipz. 1877. Brinz II. S. 338.] Doch stimmten noch dafür Mühlenbruch II. §. 367. A. 15. Puchta Vorles. II. §. 362. [4. Aufl.] S. 224 fg. und neuerdings wird sie ausführlich wieder vertheidigt von Tiktin de nat. bilat. obl. cap. V. pag. 99 . . 115. Vgl. auch Windscheid §. 391. A. 38. Es kommt dabei hauptsächlich auf die Erklärung folgender Stelle an: L. 11. §. 18. D. de act. emti. 19. 1. (Ulp. lib. 32. ad ed.): Qui autem *habere licere* (Hal. *h. l. promittens*) vendidit, videamus, quid debeat praestare? Et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Sed Julianus libro 15. Digest. scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se heredemque suum non fieri (Flor. *teneri*), quominus habere liceat, posse defendi, ex emto eum in hoc quidem non teneri, quod emtoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem (Flor. *hac patitur conventione*, Mommsen Dig. I. p. 547. not. 5. *h. utitur c.?*), ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet (Hal. *si quis . . reciperet*) quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat (vielleicht: *perveniat*?), veluti quum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a

venatore vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit; tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo facit. (In dem letzten Satze bessert Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 285. *si forte* statt *nisi forte*; dagegen Vangerow S. 324. Tiktin pag. 111. not. 23. [Krichelborff S. 31 fg.])

7 Unter Umständen kann auch ohne wirkliche Entwährung ein gleichartiger Anspruch auf das Interesse entstehen. L. 9. 41. §. 1. D. h. t. Item si domino servi heres extiterit emtor, quoniam evinci ei non potest nec ipse sibi videtur evincere, non committitur duplae stipulatio. His igitur casibus ex emto agendum erit. Vgl. L. 13. §. 15. D. de act. emti. 19. 1. L. 24. D. h. t. L. 29. pr. eod. — Anspruch auf das Interesse wegen wissentlichen Verkaufs einer fremden Sache: L. 30. §. 1. D. de act. emti. 19. 1.; auf Befreiung von Pfandrecht? L. 5. 24. §. 1. (L. 24. i. f.) Cod. h. t. Retention des Kaufpreises wegen drohender Eviction: L. 19 (18). §. 1. D. de peric. 18. 6. L. 24. pr. Cod. h. t. (§. 302. A. 1. d.); vgl. Seuffert's Arch. I. 49. 200. II. 27. VII. 164. XI. 34. XIII. 15. 88. 137. XIV. 128.

8 Bei den Römern war es gewöhnlich, sich das Doppelte des Kaufpreises versprechen zu lassen, durch *stipulatio duplae*, und dieses Versprechen konnte bei werthvolleren Sachen sogar von Rechtswegen verlangt werden. L. 2. 37. D. h. t. Es entstand daraus eine actio ex stipulatu, die insbesondere actio *de evictione* hieß, eine stricti iuris actio, in Voraussetzungen und Wirkungen strenger beschränkt, als die actio ex emto. Die Sätze des R. Rechts aber, welche nur aus dieser strengen Natur der Klage sich ergeben, wie diejenigen, welche auf der Gewohnheit der duplae stipulatio beruhten, sind nicht mehr praktisch. Vgl. Müller a. a. O. §. 8..13. [Bechmann Kauf I. S. 374 fg., 674 fg. Lenel ed. perp. S. 441 fg., 445 fg. Brinz II. S. 736 fg.; auch Voigt die XII Tafeln II. S. 126.] Inwiefern übrigens bei einem solchen Versprechen doch auch die Klage auf das Interesse stattfinde, ist nach der Regel des §. 211. zu beurtheilen.

9 L. 64. D. h. t. (Papinian. lib. VII. quaest.) Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. Si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta, praestabitur; nam, quod periit, damnum emtori, non venditori, attulit. Si totus fundus, quem flumen diminuerat, evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. §. 1. Quodsi modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. §. 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta; nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi. §. 3. Ceterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur,

tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. §. 4. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, tradidit; secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset. Haloander liest hier: ***qui unum jugerum commune pro ind.***; Mommsen [Dig. I. pag. 629.] deutet an: ***qui unum jugerum pro indiviso ex fundo, cujus commune cum altero pro indiviso solum*** etc. Cf. L. 1. D. eod. Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem. Sed quum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis; quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus. Dagegen L. 53. pr. eod. Si fundo tradito pars evincatur, si singula iugera venierint certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerint, evicta sint. Vgl. Neustetel im civ. Arch. VII. S. 214 fg. Vangerow a. a. O. A. 1. Jener emendirt [S. 217.] in L. 64. §. 4. cit.: ***sec. omn. sententias, si non t. d. t. sed p. d. iugeri. est, quemadm.*** etc. Dagegen Vangerow A. 1. a. E. vgl. Bekker S. 273 fg. Huschke a. a. O. (A. 1.) S. 70 fg. [Brinz II. S. 738. A. 27.]

## §. 304.

### cc) Gewährleistung für Mängel der Sache.

Aus der Natur des Kaufvertrages ergibt sich von selbst, daß der Verkäufer sowohl wegen des Mangels ausdrücklich oder stillschweigend versprochener Eigenschaften[a] als wegen des Vorhandenseins absichtlich verschwiegener Fehler der Sache hafte[b]. Durch das Edict der Aedilen[c] aber ist es Rechtssatz geworden[1], daß der Verkäufer überhaupt die Mängel der Sache dem Käufer anzeigen müsse, wenn sie nicht ohnehin offenbar sind[d]. Im Fall späterer Entdeckung nicht erst später entstandener[e] und nicht unerheblicher[f] Mängel der Sache[g], sie mögen[h] dem Verkäufer bekannt gewesen sein oder nicht[2], soll der Käufer die Wahl haben[i], entweder verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises oder auch Zurücknahme der Sache und Rückerstattung des schon gezahlten Preises mit Zinsen und Interesse zu verlangen[3]; das erste mittelst der sog. Minderungsklage (actio *quanti minoris*, iudicium aestimatorium), das letzte durch die sog. Wandelklage (actio *redhibitoria*,

[a] L. 6. §. 4. L. 13. §. 3. D. de act. emti. 19. 1. L. 17. §. 20.. L. 19. §. 4. D. de aed. ed. 21. 1. cf. L. 43. pr. §. 1. D. de contrah. emt. 18. 1. [b] L. 11. §. 3. 5. L. 13. pr. §. 1. D. de act. emti. cf. L. 43. §. 2. D. de contrah. emt. L. 39. D. de act. emti. L. 14. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1. [c] Dig. de aedilitio edicto. 21. 1. Cod. de aedilitiis actionibus. 4. 58. [d] L. 14. §. 10. D. h. t. cf. L. 51. eod. [e] L. 54. eod. cf. L. 16. eod. [f] L. 1. §. 8. eod. [g] L. 33. eod. [h] L. 1. §. 2. eod. [i] L. 1. §. 1. L. 38. pr. D. h. t. cf. L. 23. §. 7. et sq. L. 27. 29. 31. pr. L. 57. 59. pr. eod.

iudicium redhibitorium); das erste intra annum utilem, das letzte nur intra sex menses utiles[k]. Ziel der letzten Klage ist für beide Theile Wiederherstellung des Zustandes vor dem Verkaufe[l], jedoch nicht mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung[m]; aber auch die erste Klage kann denselben Erfolg haben[n], wenn der Fehler, und daher die Preisminderung sehr bedeutend ist[4]. Wegen verschiedener Fehler kann mehrmals geklagt werden, so lange Redhibition nicht stattgefunden hat[o]. Durch den Verlust der Sache[p] gehen die einmal begründeten Ansprüche nicht verloren[5].

Anm. [1] Das Edict der Aedilen bezog sich unmittelbar nur auf den Verkauf von Sklaven und Thieren; es bestimmte: a) nach L. 1. §. 1. D. h. t. *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit, eademque (eaque?) omnia, cum ea mancipia venibunt, palam ac recte pronuncianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, (fuisset), quod eius (nomine) praestare oportere dicitur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto; ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus;* b) nach L. 38. pr. eod. *Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emtoribus tradentur.* (Hal. *traduntor.*) *Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemtis faciendis in sex mensibus, vel quo (quanto) minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur;* dazu L. 38. §. 5. eod. *Quae de iumentorum sanitate diximus, de cetero quoque pecore omni venditores faciunto.* Ueber das Verhältniß dieses Edicts zum Civilrecht vgl. Neustetel's (und Zimmern's) Abh. Nr. 9., und dagegen Unterholzner im civ. Arch. VI. 3. S. 60 fg. Herm. Keller in Sell's Jahrb. III. S. 86 fg. [und jetzt Bechmann Kauf I. S. 391 fg.] Die Hauptbestimmung desselben ist aber auch auf den Verkauf andrer, beweglicher wie unbeweglicher, Sachen angewendet worden, L. 1. pr. L. 63. eod. cf. L. 33. pr. L. 49. eod. L. 4. Cod. h. t.; auch auf den Tausch, L. 19. §. 5. D. eod. L. 2. D. de rer. permutat. 19. 4.; nicht auf die Schenkung und andere Rechtsgeschäfte, L. 62. 63.

[k] L. 19. §. 6. L. 55. eod. cf. L. 48. §. 2. eod. [l] L. 23. §. 1. 7. L. 60. eod. [m] L. 43. §. 8. eod. L. 4. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. [n] L. 43. §. 6. D. h. t. L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2. [o] L. 31. §. 16. L. 48. §. 7. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. cit. [p] L. 44. §. 2. L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. h. t.

D. h. t. [Dernburg Preuß. Pr.R. II. S. 407. Mommsen Erört. II. S. 71 fg.] Ausgenommen von der Regel sind fiscalische Veräußerungen L. 1. §. 3. eod. Vgl. überhaupt Vangerow III. §. 609. Sintenis II. §. 116. 3. Aufl. S. 614 . . 631. Keller §. 332. „Nachwährschaft für Fehler und Mängel." Windscheid §. 393 . . 395., [Brinz §. 327 . . 327 b. Bechmann I. S. 251 fg., 391 fg., 661 fg. Wendt in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 328 fg.]; auch Thöl Handelsrecht I. §. 82 . . 85 b. [6. Aufl. §. 273 fg. Hanausek d. Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare. I. 1883. (Drbr. Regelsberger in d. Wiener Ztschr. XI. S. 429 fg.) II. 1. 1884. Dernburg a. a. O. II. §. 143 fg.] — Zu Dig. de aed. ed. 21. 1. vgl. Huschke a. a. O. S. 36 . . 57.

2 Bestritten ist dieses bezüglich des Verkaufes lebloser Sachen von Busch im civ. Arch. XXVI. 9. Dagegen H. Keller in Sell's Jahrb. III. 10. S. 345 fg. Vangerow a. a. O. [A. 2. V.]

3 Die früher herrschende Ansicht unterschied sog. Hauptmängel und Nebenmängel; wegen der letzten sollte nur die Minderungsklage, nur wegen der ersten die Wandelklage stattfinden. Dagegen Feuerbach civ. Vers. Nr. 2. [S. 51 . . 80.] — Anwendung im Fall der Entdeckung von Wanzen? Seuffert's Arch. XV. 115. — Unzulässigkeit des Erbietens des Verkäufers, die entdeckten Mängel zu beseitigen: das. 116. — Eine Beschränkung der Redhibition enthält L. 48. §. 8. D. h. t. Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. [Vgl. Syr.-röm. Rechtsbuch; Uebersetzung des syr. Textes §. 39. 113.] — Ueber den Einfluß der Fehlerhaftigkeit einzelner von mehreren zusammengekauften Sachen [„Der Fehler, den Eine Sache hat, entwerthet möglicherweise noch eine andere". Brinz II. S. 728. A. 62.] und theilweise Redhibition: Gesterding in Linde's Ztschr. VI. S. 42 fg. Seuffert's Arch. IV. 24. XII. 234.; Anwendung beim Genuskauf? Bekker im Jahrb. V. S. 401 fg. Windscheid §. 394. A. 18 . . 31. Vangerow §. 609. A. 1. Goldschmidt in d. Ztschr. für Handelsrt. XIX. S. 98 fg. Serafini archiv. giurid. XIV. pag. 261 seq. — Ueber die Berechnung der Preisminderung bei der actio quanti minoris: Hellweg im civ. Arch. LIX. 2. [Windscheid §. 394. Z. 1. Brinz II. S. 728. u. A. 62.]

4 L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2. Est in potestate emtoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea, quae datur, quanti minoris homo, quum veniret, fuerit; nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emturus non fuerit. Auch die actio emti auf das Interesse, z. B. wegen Dolus, kann Redhibition herbeiführen. L. 11. §. 3. D. de act. emti. Redhibitionem quoque contineri emti iudicio, et Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Vangerow a. a. O. [A. 2. III.] — Ueber die Verjährung der aedilitischen Klagen: E. Hoffmann im Arch. für pract. Rtsw. IV. 8. [S. 177 fg.] Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. VIII. S. 269 fg.

5 Vgl. Gesterding a. a. O. S. 34 fg. Ueber den Einfluß von Verfügungen des Käufers über die Sache: Seuffert's Arch. II. 24. 170. III. 27. 28. V. 269. X. 149. 255. XVI. 106. XIX. 131. [auch Beitr. z. Erläut. d. deutsch. Rt. XXVI. S. 410 fg.]

6 Ohne practische Bedeutung für uns ist a) die auf römische Gebräuche sich beziehende, auch rücksichtlich ihrer Bedeutung streitige Bestimmung des Edicts in Betreff der *ornamenta* (A. 1. b.); vgl. Vangerow a. a. O. [A. 2. VI.] Sintenis §. 116. A. 90.; b) die Bestimmung über *duplae stipulatio* wegen Gewähr der Mängel: L. 28. 31. §. 20. D. h. t. L. 11. §. 4. D. de act. emti. 19. 1. L. 14. Cod. eod. 4. 49. vgl. §. 308. A. 8. Vangerow S. 309.; jedoch a. M. Windscheid §. 394. A. 17.

[Lenel das ed. perp. S. 441 fg., 445 fg.]; c) die Möglichkeit einer condemnatio in duplum in Folge der redhibitoria actio, L. 45. D. h. t. vgl. §. 252.; d) die solidarische Haftung von Sklavenhändlern, L. 44. §. 1. D. h. t.

[7 Anwendbarkeit des Art. 347. D.H.G.B. auf Viehkäufe? Stegemann in Böbiker's Mag. I. S. 161 fg.]

## §. 305.

### β) Bei anderen Kaufgegenständen.

Die Verbindlichkeiten des Käufers und Verkäufers, wenn der Kauf etwas anderes als körperliche Sachen zum Gegenstande hat, sind analog nach den Regeln der §§. 302..304. zu bestimmen, soweit diese nach der besondern Natur des Gegenstandes anwendbar sind. So z. B. muß der Verkäufer eines dinglichen Rechts dem Käufer die gesicherte Ausübung dieses Rechts gewähren und wegen Abstreitung desselben nach §. 303. Ersatz leisten[a]; auch kann wegen eines Mangels der Sache der §. 304. Anwendung finden, z. B. beim Verkauf des Nießbrauches oder der Emphyteuse. Der Verkäufer einer Forderung haftet regelmäßig für wirksame Uebertragung derselben, für deren Dasein und Klagbarkeit, nicht auch für Zahlungsfähigkeit des Schuldners[b]. Der Verkäufer eines Vermögensinbegriffs, z. B. einer Erbschaft [s. §. 540.], hat dem Käufer den gesammten Vortheil des Vermögens zu überlassen, also alle dazu gehörenden Sachen und Rechte zu übertragen, gegen Uebernahme der darauf haftenden Verbindlichkeiten[c]; er haftet auch nach §. 303., wenn dem Käufer das Vermögen als Ganzes oder ein aliquoter Theil desselben rechtlicher Weise entzogen wird[d], nicht aber auch wegen Entwährung einzelner vermeintlich, und eben so wenig wegen mangelhafter Beschaffenheit wirklich dazu gehörender Sachen, es sei denn wegen Dolus oder vermöge besondrer Zusage[e]. Bei dem Hoffnungskaufe ist der Verkäufer nur verpflichtet, zu thun, was von ihm erwartet werden mußte, damit die Hoffnung sich verwirklichen könne, und nichts zu deren Vereitelung zu thun; dann aber kann er den Preis fordern, wenn auch die Hoffnung sich als eitle erweist[f].

[Anm. Ueber den Verkauf eines Vermögensinbegriffs: Birkmeyer Vermögen S. 62 fg.; Verkauf einer nicht existenten Forderung: Schliemann Haftung des Cedenten S. 63 fg. Bechmann II. S. 438 fg.; vgl. Lenel in d. dogm. Jahrb. XIX. S. 234 fg.]

[a] L. 10. 46. §. 1. D. de evict. 21. 2. cf. L. 8. §. 2. D. de periculo. 18. 6. [b] L. 74. §. 3. D. de evict. 21. 2. L. 4. 5. D. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. [c] L. 2. §. 1. sq. D. eod. [d] L. 13. 16. D. eod. [e] L. 2. pr. L. 14. §. 1. L. 15. D. eod. L. 1. Cod. de evict. 8. 44 (45). L. 33. D. de aed. ed. 21. 1. [f] L. 7..12. D. de her. v. act. vend. 18. 4. L. 8. D. de contrah. emt. 18. 1.

## §. 306.

### c) Nebenverträge beim Kauf.

Die regelmäßigen Wirkungen des Kaufvertrages können durch Verabredung (pacta adiecta), wie bei andern Verträgen, beliebig abgeändert werden[a], z. B. in Betreff der Ueberlieferung der Sache, der Zahlung oder Verzinsung des Preises, der Gefahr der Sache u. s. w., überall jedoch mit der Beschränkung, daß dadurch nicht die Unredlichkeit eines Contrahenten im Voraus genehmigt wird[b]. Besondere Nebenverträge, die gerade beim Kaufe vorzüglich vorkommen, sind namentlich 1) die *addictio in diem* und die *lex commissoria* (§. 249.); 2) das sogenannte pactum *reservati dominii*, wodurch sich der Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigenthum der Sache (§. 145. A. 6.), und das pactum *hypothecae*, wodurch er sich ein Pfandrecht daran vorbehält; 3) das sog. pactum de *retrovendendo*, oder de *retroemendo*, und das pactum *protimiseos* (§. 301.).

[Anm. Vgl. Bechmann II. S. 480 .. 555.]

## §. 307.

### d) Aufhebung des Kaufes[a].

Der geschlossene Kauf kann nicht nur durch beiderseitige Einwilligung (§. 267.), sondern aus verschiedenen Gründen auch wider Willen des einen oder anderen Contrahenten rückgängig gemacht werden (§. 304. 306.)[1]. Insbesondere kann dieses auch, und zwar mittels der actio emti oder venditi, geschehen, wenn der Käufer oder Verkäufer durch eine Unredlichkeit des andern oder durch Zwang zur Abschließung des Kaufes vermocht worden ist[b].[1a] Dem Verkäufer aber ist, auch ohne Voraussetzung einer Unredlichkeit des Käufers, das Recht gegeben[c], schon deswegen, weil der Kaufpreis nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache erreicht, d. i. wegen sog. *laesio enormis* oder *ultra dimidium*, Aufhebung des Vertrages zu verlangen, falls nicht der Käufer bereit ist [facultas alternativa], den Kaufpreis bis zum wahren Werthe zu erhöhen[2].

Anm. [1] Ueber Rücktritt vom Kaufgeschäft wegen Verzugs vgl. Regelsberger im civ. Arch. L. 2.

[a] L. 11. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. Cod. de pactis inter emtorem et venditorem compositis. 4. 54. [b] L. 23. D. de R. J. (§. 250. A. 2.) cf. L. 14. §. 9. D. de aed. ed. 21. 1. L. 11. §. 18. L. 39. D. de act. emti. 19. 1.

[a] Dig. de rescindenda venditione et quando licet ab emtione recedere. 18. 5. Cod. de rescindenda venditione. 4. 44. quando liceat ab emtione discedere. 4. 45. [b] L. 1. 5. 10. Cod. 4. 44. (§. 61. 62.) cf. L. 3. D. de extraord. cogn. 50. 13. [c] L. 2. Cod. h. t. 4. 44. cf. L. 4 .. 8. eod. L. 1. 4. 7. Theod. Cod. de contrah. emt. 3. 1.

[1* Vgl. Bechmann II. S. 296 fg.]

2 L. 2. Cod. h. t. 4. 44. (Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Lupo.) Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distrax(er)it, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias (Krüger: recipies). Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. (a. p. Chr. 285.) Vgl. L. 22. §. 3. D. locati. 19. 2. Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est. L. 6. Cod. 4. 44. (Diocl. et Max.) Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. Quamvis enim duplum offeras pretium emtori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgeri non debet. L. 8. Cod. ibid. (Diocl. et Max.) Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum (Krüger: venumdatum) significas, ad rescindendam venditionem (Krüger: emptionem) invalidum est . . . nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emtori praestita servanda. — Die Bestimmung der L. 2. Cod. cit. ist durch constante Praxis nicht nur auf den Käufer, sondern auch auf andre gegenseitige Rechtsgeschäfte analog angewendet worden. Vgl. darüber und in Betreff der nähern Bestimmungen Glück XVII. S. 19 fg. Vangerow §. 611. Seuffert §. 272. [Wächter II. §. 207.] Seuffert's Arch. I. 45 . . 47. 201. II. 275. 292. 356. III. 160. 161. 315 . . 317. IV. 28. [213]. VI. 322. VII. 296. XI. 30. 132. XII. 151. XVI. 167., insbesondere beim Kauf von Gemälden? X. 245. XII. 138., beim Kauf in öffentlicher Versteigerung? IV. 213. [Ziff. 4.] VI. 323. IX. 17. XIII. 244. XX. 120. Jene Ausdehnung ist jedoch in neuerer Zeit von vielen theils schlechthin verworfen, z. B. Puchta §. 364. Sintenis §. 116. A. 218. Keller §. 333., theils wenigstens, z. B. von Vangerow a. a. O., Windscheid §. 396. A. 2., [und neuestens besonders Zachariä v. Lingenthal in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVII. Rom. Abth. Nr. 3. S. 49 fg.], als im R. R. nicht begründet erklärt worden, [vgl. auch Stobbe Handb. III. S. 255.], obgleich sie noch vollkommen zu rechtfertigen versuchte Chambon Beitr. z. Obligationenrecht S. 118 . . 174. [Eine Mittelstellung nimmt ein Brinz II. S. 750 fg.] Diese Ausdehnung findet sich auch im österr. bürg. Gesetzbuch §. 934. 935. Dagegen der Code Nap. art. 1674 . . 85 gibt das fragliche Recht nur dem Verkäufer einer Immobilie, binnen zwei Jahren, ebenso der hess. Entw. IV. 2. Art. 28 . . 34. vgl. Mot. S. 12 fg., während umgekehrt das preuß. Landrecht I. 11. §. 58 . . 69. dasselbe dem Verkäufer abspricht, und nur zum Besten des Käufers, bei Verletzung über die Hälfte durch zu hohen Kaufpreis, die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums aufstellt. [Vgl. Dernburg II. S. 310 fg.] Diese Differenzen beweisen wohl, daß die fragliche Bestimmung überhaupt von sehr zweifelhaftem Werthe ist. Das sächs. Gsgb. §. 864. und der bayer. Entw. (Mot. zu den Hptst. v. d. Rechtsgesch. S. 128 fg.) haben sie ganz fallen gelassen. Bei Handelsgeschäften ist sie beseitigt durch das deutsche Handelsgesetzb. Art. 286; vgl. Thöl a. a. O. §. 64. A. 19 fg. [5. Aufl. §. 252. A. 24 fg.]

## §. 308.

### 2) Der Tauschvertrag.

Tauschverträge kann man im weitern Sinn alle Verträge nennen, wodurch sich einer dem andern zur Leistung eines Gegenstandes als Entgeltung für einen von der Gegenseite zu leistenden Gegenstand verpflichtet. In diesem Sinne ist auch der Kauf ein Tauschvertrag, und zwar der häufigste und wichtigste. Im engern Sinn ist Tauschvertrag derjenige, welcher beiderseits auf Leistung eines Gegenstandes (Sache gegen Sache) geht, der nicht ausschließlich den Charakter des Preises oder der Waare an sich trägt[a]. Nach heutigem Recht entsteht auch hier schon durch bloße Uebereinkunft eine vollkommen wirksame gegenseitige Obligation, während nach römischem Rechte dafür die Eigenthümlichkeiten der unbenannten Verträge gelten[b]. Die Regeln über Entwährung (§. 303.) wie über Gewähr der Mängel (§. 304.) finden dabei analoge Anwendung[c].

Anm. Neueste Schrift darüber: *Damm* de *Seydewitz* diss. inaug. de permutatione. Hal. 1868. [*Permutare* scheint übrigens auch im Sinne von „Geld für Jemanden anweisen" gebraucht worden zu sein. Vgl. Bekker in d. Ztscht. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. S. 12 fg. Ueber den Streit der Sabinianer und Proculianer betreffend das Verhältniß von Kauf und Tausch vgl. Brinz II. S. 700. Bechmann Kauf I. S. 4 fg.]

## §. 309.

### 3) Miethverträge.

Miethvertrag, locatio conductio[a], ist ein Vertrag, wodurch einer dem andern gegen einen in Geld bestimmten Preis (merces) die Benutzung eines Gegenstandes zu gewähren oder gewisse Dienste zu leisten sich verpflichtet. Das letzte kann entweder in der Art geschehen, daß zu leistende Dienste unmittelbar der Gegenstand des Vertrages sind, oder daß dieses eine durch die Thätigkeit des Verpflichteten hervorzubringende Wirkung ist. Im ersten Fall nennt man das Geschäft locatio conductio *operarum*, Dienstmiethe i. e. S., im letzten Fall locatio conductio *operis*, die man heutzutage passend als Verdingungsvertrag bezeichnet. Wenn dagegen der Vertrag auf Benutzung eines andern Gegenstandes gerichtet ist, so nennt man ihn locatio con-

[a] Dig. de rerum permutatione. 19. 4. Cod. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione. 4. 64. X. 3. 19. in 6to. 3. 10. Clem. 3. 5. [b] L. 1. §. 2..4. D. h. t. L. 1. 3. 5. Cod. h. t. L. ult. D. de cond. causa data. 13. 4. §. 232. 235. [c] L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 19. §. 5. D. de aed. ed. 21. 1.

[a] Inst. de locatione et conductione. 3. 24. Dig. locati conducti. 19. 2. Cod. de locato et conducto. 4. 65. cf. X. 3. 18.

ductio *rerum*, in deutscher Sprache Pacht, wenn es dabei auf den Bezug von Früchten oder ähnlichen Einkünften abgesehen ist, sonst Miethe. Die Leistung des einen Contrahenten aber besteht überall in Zahlung eines Preises, wovon dasselbe gilt wie vom Kaufpreise[b]; nur kann bei Verpachtungen der Preis auch in Früchten bestimmt werden[c]. Im Allgemeinen ist in allen diesen Fällen Regel, daß beide Contrahenten für Dolus und Culpa haften[d]. Außerdem sind die näheren Bestimmungen verschieden für die verschiedenen Fälle. Geschlossen ist übrigens der Vertrag, sobald die beiden Theile über Gegenstand und Preis einig geworden sind; die locatio conductio gehört, wie die emtio venditio, schon nach römischem Recht zu den sogenannten Consensualcontracten[e].

Anm. Für den Unterschied zwischen Pacht und Miethe hat die römische Rechtssprache keine entsprechenden Bezeichnungen. Nur heißt der Miethwohner inquilinus, der Pachter von Grundstücken colonus. Was in den folgenden §§. von der Miethe gesagt wird, ist übrigens regelmäßig auch auf die Pacht zu beziehen. Vgl. über „Pacht- und Miethvertrag" Weiske's Rtslex. VII. S. 735 .. 837.

### a) Locatio conductio rerum.

### §. 310.

#### *a)* Voraussetzungen.

Gegenstand dieses Vertrages kann eine jede Sache sein, bei welcher eine Gebrauchsüberlassung möglich ist[a]. Die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags hängt auch hier, wie beim Kaufe nicht davon ab, ob der Vermiether *(locator)* Eigenthümer oder sonst zur Ueberlassung des Gebrauches berechtigt ist[b]. Der Eigenthümer selbst kann seine Sache miethen, insofern es mit Rücksicht auf ein dem Andern zustehendes dingliches Recht, Ususfructus, Emphyteusis oder Superficies[c], ja selbst nur auf das demselben zustehende Besitzrecht (ius possessionis) geschieht[d]. Wenn ein Miether oder Pachter *(conductor)* selbst wieder die gemiethete Sache einem Dritten vermiethet oder verpachtet, so heißt dieses Verhältniß Aftermiethe oder Afterpacht sog. *sublocatio;* es erzeugt aber eine Obligatio nur zwischen dem Sublocator und Subconductor, ändert nicht das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten und dessen Locator[e].

[b] §. 1. 2. J. h. t. L. 2. 25. pr. L. 46. D. h. t. §. 300. [c] L. 8. 21. Cod. h. t. cf. L. 25. §. 6. D. h. t. [d] L. 23. D. de R. J. §. 250. [e] L. 1. 2. D. h. t.

[a] cf. L. 3. §. 6. D. commod. 13. 6. [b] L. 7. 9. pr. §. 6. D. h. t. vgl. §. 300. not. o .. r. [c] L. 12. §. 2. L. 38. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. [d] L. 28. D. de poss. 41. 2. cf. L. 45. pr. D. de R. J. L. 15. D. depos. 16. 3. [e] L. 30. 58. pr. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. cf. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.

Anm. [1] Die Locatio von Seiten des Nutznießers bezeichnen die Quellen bald als locare rem oder rem utendam, bald als locare usumfructum. Das letztere drückt es unmittelbar aus, daß der Gebrauch der Sache nur, soweit das Recht des Nießbrauchs sich erstreckt, gewährt sein solle; dies ist aber auch bei der ersten Ausdrucksweise anzunehmen, sofern Jemand eine Sache als Nutznießer (quasi fructuarius, non quasi dominus) vermiethet oder verpachtet. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 9. §. 1. D. h. t. 19. 2. Vgl. darüber Arndts in d. österr. Gerichtszeitg. Jahrg. 1861. Nr. 76. 77. (civ. Schr. I. 17). Seuffert's Arch. XIV. 115. vgl. XII. 300. Aber auch bei andern nutzbaren Rechten findet der Begriff der Verpachtung Anwendung, wo von Ueberlassung des Gebrauchs einer körperlichen Sache gar nicht die Rede sein kann, z. B. Verpachtung von öffentlichen Einkünften, Zehnten u. dergl.; Verpachtung von Wirthschaftsgerechtsamen: Seuffert's Arch. III. 370., von Erbzinsgefällen das. V. 216.

[2] Im R. R. finden sich Verbote gewisser Pachtungen für gewisse Personen, namentlich für Soldaten, L. 31. 35. Cod. h. t., Decurionen L. 30. Cod. h. t., kaiserliche Hofdiener, L. un. Cod. quibus ad conductionem praediorum fiscalium accedere non licet. 11. 73 (72)., Geistliche, nov. 123. cap. 6., Vormünder vor abgelegter Rechnung, L. un. Cod. ne tutor vel curator vectigal conducat. 5. 41. L. 49. D. h. t. Diese Verbote gehören dem öffentlichen Rechte an.

[3] Ein dem Pachtvertrage verwandtes Verhältniß, aber von eigenthümlichen Wirkungen, ist der emphyteutische Contract, vgl. §. 196 .. 199.

### β) Wirkungen.

## §. 311.

#### aa) Verbindlichkeiten des Vermiethers.

Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether die gemiethete Sache nebst deren im Miethvertrage ausdrücklich oder stillschweigend inbegriffenem Zubehör rechtzeitig zu überliefern[a], und demselben für die festgesetzte Miethzeit den freien und ungehinderten Gebrauch zu gewähren[b]; er hat demnach auch die Sache in dem erforderlichen Stande zu erhalten und die nothwendigen Ausbesserungen zu bestreiten[c], die vom Miether gemachten nothwendigen Verwendungen unbedingt, die nützlichen, soweit dadurch die Sache dauernd verbessert ist, zu vergüten[d], auch die auf der Sache haftenden Lasten[1] zu tragen[e]; er haftet dem Miether für Ersatz des Interesse, wenn diesem durch Verschulden des Vermiethers[f] oder wegen mangelnder Berechtigung desselben zur Verfügung über die Sache[g] deren Gebrauch vor der Zeit entzogen oder geschmälert wird; er haftet demselben überhaupt für jedes Verschulden[2] bezüglich dieses Geschäfts[h], hat daher insbesondere auch, sofern ihm in dieser Beziehung eine Unredlichkeit oder ein Versehen zur Last fällt, den Schaden zu ersetzen, welcher

[a] L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. D. h. t. [b] L. 9. pr. L. 19. §. 5. L. 30. pr. eod. L. 24. §. 4. eod. [c] L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. eod. [d] L. 55. §. 1. L. 61. pr. cf. L. 19. §. 4. eod. [e] L. un. §. 3. D. de via publ. 43. 10. [f] L. 9. §. 3. L. 35. pr. D. h. t. [g] L. 7 .. 9. §. 1. eod. [h] L. 28. eod. cf. L. 55. pr. D. h. t.

dem Miether wegen Mangelhaftigkeit der Sache durch deren Gebrauch verursacht wird[i]. Die Klage gegen den Vermiether ist die actio conducti oder ex conducto[k].

Anm. [1] Eine Streitfrage ist es, wer die Einquartirungslasten zu tragen habe? Vgl. Glück XVII. S. 395 fg. Vangerow III. §. 641. A. 2. Sie „entscheidet sich nach der Vorfrage, ob sie eine Real- oder Personallast sind, welche keine privatrechtliche ist." Puchta §. 366. not. c. vgl. Rtsler. VII. S. 761. [A. 188.] Seuffert's Arch. I. 208.

[2] [Nach Pernice Labeo II. S. 326 fg. soll auf Seiten des Vermiethers niemals eine selbständige Haftung für culpa hervortreten.]

## §. 312.

### bb) Verbindlichkeiten des Miethers.

Der Miether ist 1) verpflichtet, den Miethzins nach Ablauf der Zeit des Gebrauchs oder der dafür festgesetzten Zeiträume, zu entrichten, auch wenn er die Sache nicht wirklich benutzt hat, ausgenommen, soweit er durch Schuld des Vermiethers oder durch einen die Sache betreffenden Zufall daran verhindert oder darin beeinträchtigt worden ist[a]; der Pachter kann aber auch wegen eines den Fruchtbezug eines Jahres beträchtlich schmälernden, nicht überhaupt oder für diese Sache gewöhnlichen Zufalls verhältnißmäßigen Nachlaß vom Pachtzinse ansprechen[1], wobei jedoch, wenn die Pachtzeit auf mehrere Jahre sich erstreckt, eine Ausgleichung mit dem reichlichen Fruchtertrage besonders guter Jahre stattfindet[b]. Er hat sodann 2) nach Beendigung des Miethverhältnisses die Sache zurückzugeben[c], mit Ersatz für jeden durch sein Verschulden, insbesondere durch Nachlässigkeit in Bewahrung der Sache oder durch Ueberschreitung im Gebrauch derselben, verursachten Schaden[d]; hat er die Sache weiter vermiethet, so haftet er auch für Verschulden des Aftermiethers, insoweit ihm bezüglich der Aftervermiethung eine Culpa zur Last fällt, daher schlechthin, wenn ihm dieselbe vertragsmäßig untersagt war[e]; für zufälligen Schaden hat er regelmäßig nicht einzustehen[2].

Anm. [1] Ueber Remission des Pachtzinses wegen solcher Unglücksfälle vgl. Glück XVII. S. 447 fg. Vangerow §. 641. A. 1. [W. Sell im civ. Arch. XX. 8.] Jacobi über Remission des Pachtzinses nach römischem und preußischem Rechte. 1856. Der Anspruch darauf findet nicht statt, wenn die Leistung des Pachters in einem

[i] L. 19. §. 1. eod. [k] L. 15. pr. eod.

[a] L. 19. §. 6. L. 27. pr. L. 30. §. 1. D. h. t. cf. L. 21. §. 2. eod. L. 19. §. 9. 10. eod. [b] L. 15. §. 2..4. L. 25. §. 6. D. h. t. L. 8. Cod. h. t. cf. cap. 3. X. h. t. 3. 18. [c] L. 25. Cod. h. t. cf. L. 33. eod. [d] §. 5. J. h. t. L. 11. pr...§. 2. 4. L. 12. 25. §. 3. D. h. t. L. 28. 29. Cod. eod. [e] L. 11. pr. D. eod.

Bruchtheil des jährlichen Fruchtertrages besteht (sog. colonia partiaria), wo eine Art von Gesellschaftsverhältniß angenommen wird. L. 25. §. 6. in f. D. h. t. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Vgl. L. 8. Cod. h. t. 4. 65. Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe (lue) tempestatis vel alio coeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis.

[2] Durch besondere Zusage kann der Miether auch die Gefahr des Zufalls übernehmen, L. 9. §. 2. L. 30. §. 4. D. h. t.; doch ist die Verabredung bei dem Pachtvertrage, daß der Pachter alle Unglücksfälle übernehme, im Zweifel nur als Verzichtleistung des Pachters auf das Recht des Nachlasses nach A. 1. zu verstehen. Vangerow a. a. O. [S. 450.] — Werden bei der Miethe Sachen unter Festsetzung eines bestimmten Preises übernommen, wie es insbesondere rücksichtlich des Inventars eines Pachtgutes vorzukommen pflegt, so trägt der Uebernehmer die Gefahr derselben, gleich als ob er sie gekauft habe. L. 3. 54. §. 2. D. h. t. cf. Gai. III. 146. L. 5. §. 3. D. commod. 13. 6. L. 1. §. 1. D. de aestimat. 19. 3. (Sog. locatio conductio irregularis). Vgl. W. Sell im civ. Arch. XIX. 12. Chambon Beitr. zum Obl.-Recht S. 12 fg. Ein besonderer Fall ist der sog. Eisern-Viehcontract oder contractus socidae, wenn eine gewisse Stückzahl Viehes, als Nebensache eines Pachtgutes oder auch für sich als Hauptsache, z. B. eine Schafheerde, dergestalt übergeben wird, daß die gleiche Stückzahl gleicher Güte oder auch ein bestimmter Preis für jedes Stück zurückgegeben werden soll: „Eisern Vieh stirbt nicht". Ueber den Ausdruck contractus socidae vgl. jedoch Glossar. man. ad scriptores med. latinitatis, v. *„Socida Italis società, quasi societas accommandita di bestiame, che si dà alla custodia altrui a mezzo pro e danno"*. Cf. L. 9 (8). Cod. de pactis. 2. 3. [Stobbe Handb. III. S. 266 fg. Wächter II. S. 477.]

## §. 313.

### γ) Endigung des Miethverhältnisses.

Das Miethverhältniß wird beendigt 1) durch den Untergang der vermietheten Sache; 2) durch Ablauf der Miethzeit, die entweder bestimmt festgesetzt oder von der Aufkündigung des einen oder andern Theils abhängig gemacht sein kann; jedoch kann nach Ablauf der Zeit durch beiderseitige stillschweigende Einwilligung, sog. relocatio tacita[1], das Miethverhältniß weiter erstreckt werden; 3) durch Entsetzung des Miethers, welche aus gewissen Gründen[2] dem Vermiether, und 4) durch einseitigen Rücktritt, welcher aus gewissen Gründen[3] dem Miether gestattet ist. Die durch das Miethverhältniß bisher erzeugten Forderungen werden durch diese Endigungsgründe desselben nicht aufgehoben. Die Veräußerung der Sache durch den Vermiether hebt das Verhältniß zwischen ihm und dem Miether nicht auf[4].

Anm. [1] L. 14. D. h. t. (Ulp.) Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est; intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo, si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse, Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum. L. 13. §. 11. eod. (Ulp.) Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata .... Quod autem diximus, taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, et si lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed etsi secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse; hoc enim ipso, quo (quod) tacuerunt, consensisse videntur, et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. — Streitig die Erklärung des Schlußsatzes dieser Stelle und daher die Bestimmung der Dauer der Relocatio bei Gebäuden: vgl. Glück XVII. S. 278 fg. 284 fg. Röder Abh. Nr. 1. Vangerow §. 644.

[2] Diese Gründe sind a) zweijähriger Rückstand des Miethzinses. L. 54. §. 1. L. 56. D. h. t. Nov. 120. cap. 8. cf. cap. 3. X. h. t. 3. 18.; b) Mißbrauch der Sache, L. 3. Cod. h. t. L. 54. §. 1. cit.; c) Nothwendigkeit einer den Gebrauch hindernden Reparatur, L. 3. Cod. cit. cf. L. 30. pr. L. 35. pr. D. h. t.; d) dringendes und nicht vorgesehenes eigenes Bedürfniß des Vermiethers eines Wohngebäudes, L. 3. Cod. cit. cap. 3. X. cit. und nach der Praxis e) Eröffnung des Concurses gegen den Pachter, nicht auch gegen den Verpachter: L. 8. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5. Vgl. Arndts in d. österr. Gerichtsztg. Jahrg. 1858. Nr. 28. 29. (civ. Schr. I. 28.). Northoff im prakt. Arch. IX. S. 1 fg. [und den Rechtsfall] das. S. 415. Seuffert's Arch. I. 390. 391. VI. 119. 120. vgl. XIII. 77. XV. 221. [S. jetzt die weiter gehenden Bestimmungen der R.Conc.O. §. 17. 18. und Mandry Reichsges. S. 328 fg. (2. Aufl. S. 448 fg.)].

[3] Diese Gründe sind a) solche Mängel der Sache, welche deren Gebrauch völlig hindern, oder beträchtlich mindern oder erschweren. L. 25. §. 2. L. 27. pr. D. h. t.; b) Zögerung des Vermiethers in Einräumung des Gebrauchs, L. 24. §. 4. L. 60. pr. D. eod.; c) gegründete Furcht vor einer mit der Fortsetzung des Gebrauchs verbundenen Gefahr, L. 13. §. 7. L. 27. §. 1. D. h. t. L. 28. 33. D. de damno inf. 39. 2.

[4] „Durch das Sprichwort: Kauf bricht Miethe, hat man nur dem natürlichen Satz, daß der Käufer nicht in die Obligation des Verkäufers eintritt, einen unpassenden Ausdruck gegeben." Puchta §. 369. a. E. Vgl. L. 25. §. 1. L. 32. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 59. §. 1. D. de usufr. 7. 1. L. 120. §. 2. D. de legat. I. L. 12. 18. D. unde vi. 43. 16. L. 20. D. de a. v. a. poss. 41. 2. Sintenis §. 118. A. 117. (3. Aufl. III. S. 674 fg.) J. Dernburg Abh. Nr. 1. Träger über die Rechtsparömie: „Kauf bricht Miethe", in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 8. Ziebarth die Realexecution u. d. Obl., mit besondrer Rücksicht auf die Miethe (1866.) §. 1 fg., (drbr. Degenkolb in krit. Vjschr. IX. 7. S. 225 fg.) Windscheid §. 400. A. 7. Vangerow 7. Aufl. §. 648. A. 2. [Geller in d. Wiener Ztschr. V. S. 313 fg.

Brinz 2. Aufl. II. §. 331. S. 760 fg. Geschichtliches bei Brünneck in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XIV. Germ. Abthl. S. 138 fg.] — Ueber Dinglichkeitsstiftung des Pacht- und Miethrechts: Friedlieb in Linde's Ztschr. n. F. XIX. 16.

## §. 314.

### b) Locatio conductio operarum. Dienstmiethe i. e. S.

Diese besteht in der Uebereinkunft, daß der eine Contrahent (locator) dem andern (conductor) gewisse eine Schätzung zulassende Dienste oder Arbeiten (operae illiberales, locari solitae,* aber honestae) gegen einen Geldlohn leisten soll, ohne daß dabei die Vollendung eines gewissen Werkes als unmittelbarer Gegenstand des Vertrages gesetzt ist[a]. Dahin gehört namentlich der Vertrag mit Dienstboten und Taglöhnern. Es gelten dafür gleiche Grundsätze, wie für die Miethe von Sachen, soweit sie nach der Natur des Gegenstandes anwendbar sind. Der Vermiether der Dienste hat die actio locati auf Zahlung des Dienstlohns und Erfüllung etwaiger Nebenleistungen, z. B., wie bei Dienstboten üblich, Gewährung von Kost und Wohnung, auch wenn die Dienste dem Miether unnütz oder durch einen nicht die Person des Vermiethers betreffenden Zufall vereitelt worden sind, ausgenommen, sofern dieser durch anderweitige Vermiethung seiner Dienste Entschädigung gefunden hat[b]. Der Miether der Dienste andererseits hat die actio conducti auf wirkliche Leistung der versprochenen Dienste, auf Schadenersatz, soweit sie durch Schuld des Vermiethers nicht oder nicht gehörig geleistet worden, oder dieser sonst durch Nachlässigkeit oder bösen Willen einen Schaden verursacht hat[c]. Hat dieselbe Person ihre Dienste mehreren vermiethet, so geht der frühere Miether vor[d].

[* Brinz 2. Aufl. II. S. 762: „Nur Arbeiten, welche unter der Herrschaft und nach Anordnung des Arbeitsgebers verrichtet werden, bei denen der Leistende sich also in dienendem Verhältnisse zum Empfänger verhält, nicht beliebiges Thun, sind operae."]

Anm. Dankwardt der Arbeitervertrag, in d. dogm. Jahrb. XIV. 5. S. 228 bis 283. [Ueber den gewerblichen Arbeitsvertrag vgl. H.G.B. Art. 57 fg. Reichsgew.O. vom 21. Juni 1869. §. 105 fg. und das dieselbe modificirende Gesetz v. 17. Juli 1878; Seemannsordnung v. 17. Dec. 1872. Dazu Mandry Reichsges. S. 334 fg. (2. Aufl. S. 458 fg.). Stobbe III. §. 188. Dernburg Preuß. Pr. R. 2. Aufl. II. §. 192. Ueber Gesindemiethe Stobbe III. §. 187. Dernburg II. §. 195 fg.] — Eine Verpflichtung, für geleistete Dienste eine gewisse Vergeltung zu gewähren, entsteht in vielen Fällen auch ohne vorhergehende bestimmte Zusage, gleichsam durch stillschweigenden Vertrag, wenn man sich nämlich solche Dienste hat leisten lassen, für welche eine Bezahlung gewöhnlich ist, und von solchen Personen, welche dieselben gegen Bezahlung zu leisten pflegen, z. B. von Aerzten, Hebammen, Lehrern,

[a] L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. 19. 5. [b] L. 15. §. 6. L. 19. §. 9. 10. L. 38. pr. D. h. t. §. 275. not. b. c. [c] arg. §. 5. J. h. t. [d] L. 26. D. h. t. 19. 2. §. 226. not. a.

Advocaten, insbesondere auch von Mäklern (proxenetae, denen der Mäklerlohn, proxeneticum, gebührt). [Ueber den Mäklervertrag vgl. Dernburg II. §. 190.] Das R. R. gibt in solchen Fällen theils praescriptis verbis actio, theils extraordinaria cognitio, L. 22. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 1. 4. D. de (variis et) extraord. cognit. 50. 13. L. 1..3. D. de proxeneticis. 50. 14. [Wächter II. S. 478 fg.] Vgl. Schäffer in Linde's Ztschr. n. F. VII. 1. „ob und unter welchen Voraussetzungen für geleistete Dienste und verabreichte Alimente eine Vergütung auch ohne vorheriges Versprechen einer solchen angesprochen werden kann?" Seuffert Pand. §. 334. Windscheid §. 404. A. 2 fg. Busch S. 162 fg. [Kuhn z. L. v. Mäklergeschäft im] prakt. Arch. n. F. VI. 6. Fr. Zimmermann das Rechtsverhältniß zwischen Arzt und Patienten, im civ. Arch. LVI. 6. [Hecke d. Arzt im röm. u. im heut. R., im prakt. Arch. XIV. 1. S. 1..69. Völderndorff über Unterhändlerlohn bei nicht zu Stande gekommenem oder rückgängig gewordenem Hauptgeschäft, in Böhiker's Magazin I. S. 43 fg. — Einfluß der Concurseröffnung gegen den Miether: §. 19. R.Conc.O.] — Ein Dienst besonderer Art ist die Beförderung und Empfehlung eines Bittgesuches, d. i. suffragium, wofür nach vertragsmäßiger Bestimmung eine Vergeltung gefordert werden kann, wenn Gewährung des Gesuches darauf erfolgt. L. un. Cod. de suffragio. 4. 3. [v. J. 394.].

### c) Locatio conductio operis. Verdingungsvertrag.

## §. 315.

### α) Begriff und Wirkungen im Allgemeinen.

Ist der Vertrag auf die Hervorbringung einer gewissen Wirkung, durch die Thätigkeit des einen Contrahenten gerichtet, so heißt derjenige, welcher sich dazu gegen einen Preis verpflichtet, conductor oder auch redemptor operis, derjenige dagegen, welcher die Arbeit in Verding gibt, der Besteller, locator operis[1]. Der erste hat die actio conducti auf Bezahlung des Preises, regelmäßig erst nach Ausführung des Werkes oder Ablieferung der verfertigten Sache[a], so wie auf Ersatz des Schadens, der ihm etwa durch Schuld des andern Contrahenten bezüglich des Geschäfts verursacht worden ist[b]. Der letzte hat die actio locati auf Vollendung der übernommenen Arbeit[c], beziehungsweise auf Schadenersatz, sofern der Uebernehmer etwas verschuldet hat[d]. Dieser haftet insbesondere dafür, daß das Werk der Bestellung gemäß und ohne Fehler sei, sofern diese nicht durch die Anweisungen des Bestellers selbst verursacht sind[e]. Hat der letzte einmal das Werk gebilligt, so haftet jener nicht weiter, es sei denn wegen Dolus. Die Billigung aber, auch wo sie ausdrücklich vorbehalten ist, kann der Besteller ohne genügende Gründe nicht verweigern[f]. Für rein

[a] arg. L. 30. §. 3. L. 36. 51. §. 1. D. h. t. [b] L. 28. Cod. h. t. cf. L. 15. pr. D. h. t. [c] L. 48. pr. D. h. t. [d] L. 13. §. 1..6. L. 25. §. 7. eod. L. 58. §. 1. eod. cf. L. 27. §. 29. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [e] L. 51. §. 1. L. 62. D. h. t. [f] L. 24. pr. eod.

zufälligen Schaden hat der Uebernehmer in der Regel nicht einzustehen[g], kann vielmehr bei zufälligem Untergang der Sache nach Verhältniß des von ihm Geleisteten auf den bedungenen Lohn Anspruch machen, wenn anders das untergegangene Werk zur Billigung geeignet war[2]. Hat der Uebernehmer die vom Besteller zu bestreitenden Kosten zu gering angeschlagen, so kann der letzte, sobald dies klar ist, den ganzen Vertrag kündigen[h].

Anm. [1] L. 22. §. 2. D. h. t. Quum insulam aedificandam *loco*, ut sua impensa *conductor* omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen *locatio* est; *locat* enim artifex *operam suam*, id est, faciendi necessitatem. [Ueber diese technischen Namen vgl. Brinz 2. Aufl. II. S. 752. A. 4.] Andere dahin gehörende Fälle sind die Uebernahme des Transports von Waaren oder Personen (darüber vgl. das deutsche Handelsgesetzb. Art. 390 .. 431, 557 .. 679. [und über den Posttransportvertrag das Reichspost- und Posttaxgesetz v. 28. Octbr. 1871 und Mandry Reichsges. S. 344 fg.]), die Uebernahme der Ausbildung eines Lehrbuben [vgl. Dankwardt a. a. O. S. 277 fg. Mandry S. 340 fg. (2. Aufl. S. 468 fg.) Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 194: „Lehrvertrag"], der Verfertigung oder Reinigung von Kleidern oder andern Sachen u. dgl. m. L. 13. §. 1 .. 6. L. 19. §. 7. L. 25. §. 7. D. h. t. Soll der Uebernehmer auch den Stoff zu der zu verfertigenden Sache liefern, so ist das Geschäft nicht locatio conductio, sondern *emtio venditio.* Gai. III. 147. §. 4. J. h. t. L. 2. §. 1. D. h. t. L. 65. D. de contrah. emt. 18. 1. Anders, wenn zu einem Bau auf dem Boden des Bestellers der Unternehmer zugleich die Baumaterialien zu liefern übernimmt. L. 22. §. 2. L. 30. §. 3. D. h. t. cf. L. 20. D. de contrah. emt. Sabinus respondit, si quam rem nobis fieri velimus *etiam*, veluti statuam vel vas aliquod seu vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus, emtionem videri; nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret; aliter atque si aream darem, ubi insulam adificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. (Huschke [in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 284.] bessert *alienam* statt *etiam;* dagegen Arndts in Linde's Ztschr. n. F. VIII. S. 102. (civ. Schr. I. S. 435.). Mommsen [Dig. I. p. 516. not. 3.]: *nobis etiam fieri velimus*). Vgl. überhaupt Sintenis §. 118. B. b. Keller §. 339 .. 341. Dankwardt die locatio conductio operis, in d. dogm. Jahrb. XIII. S. 299 .. 380. drdr. Eck in d. Jen. Litztg. 1875. Nr. 11. Windscheid 4. Aufl. §. 401.

[2] L. 36. D. h. t. Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum (*periculo?*) est; quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. L. 37. eod. Si prius, quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. L. 59. eod. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus: si vi

[g] L. 25. §. 7. L. 36. 37. 59. 62. eod. cf. L. 33. eod. [h] L. 60. §. 4. eod.

naturali, veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum. Vgl. Buchholtz in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 1. Windscheid in der Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 139 fg. gegen Mommsen Beitr. I. §. 31. und des letzten Entgegnung III. S. 423 fg. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 93 fg. Bolze über den Zufall bei der Werkverdingung, civ. Arch. LVII. 5. S. 86 . . 108. [Brinz 2. Aufl. II. S. 767 fg.]

3 Auch die locatio conductio operis kann eine sog. irregularis sein (§. 312. A. 2.), wenn nämlich vertretbare Sachen zum Transport oder zur Verarbeitung gegeben werden, mit der Gestattung, andere Sachen gleicher Gattung und Güte dafür zurückzuliefern oder zur Verarbeitung zu verwenden. Vgl. L. 31. D. h. t. In navem Saufeii quum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi, et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possint oneris aversi actione? Respondit: rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere; secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. Quod si separatim tabulis aut aeronibus aut in alia cupa clausum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset, quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, vindicare. Et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset, sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori, et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. Sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere; nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi, neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere necesse fuisset, tametsi meliorem eius conditionem faceret, quam ceterorum. Vgl. darüber W. Sell im civ. Arch. XIX. S. 318 fg. Puchta Vorles. II. (4. Aufl.) S. 234. Buchholz a. a. O. S. 8 fg. Keller §. 342.

## §. 316.

### β) Insbesondere von der *Lex Rhodia de iactu*.

Nach einer dem Seerecht der Insel Rhodus entlehnten Billigkeitsregel[a] soll, wenn zur Rettung eines Schiffes in Seegefahr Sachen absichtlich preisgegeben worden, der dadurch verursachte Verlust und Schaden in Gemeinschaft mit den Eigenthümern jener Sachen auch von den Eigenthümern der geretteten Sachen, des Schiffs wie der Ladung, getragen werden, nach Verhältniß des Werthes der preisgegebenen und der geretteten Sachen. Die Eigenthümer der letzten kann der Schiffer

[a] Dig. de lege Rhodia de iactu. 14. 2. cf. Pauli sentt. II. 7.

zu verhältnißmäßigem Ersatzbeitrag anhalten, theils durch Retention ihrer Sachen, theils durch Klage, und zwar, sofern zwischen ihnen und diesem, wie gewöhnlich der Fall, das Verhältniß einer locatio conductio operis besteht, durch die actio conducti, während andererseits die beschädigten Eigenthümer durch die actio locati gegen den Schiffer ihre Ersatzansprüche geltend machen.

Anm. [1] L. 1. D. h. t. Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. — L. 2. pr. eod. Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Imo, etsi (Hal. *etsi non*) retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus; quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non (et) totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt (Vulg. *aut si non, si totam navem conduxerant, ex conducto aget, sicut vectores qui loca in nave conduxerunt, ex cond. agent;* Schilling emend.: *Et si non totam navem conduxerint, sicut vectores, qui loca in nave conduxerunt, ex conducto aget*). Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. — Vgl. überhaupt Aug. de Schryver comment. sur la loi Rhodia de iactu. Bruxelles 1844. Eck doppelseitige Klagen S. 137 fg. [Claussen über d. Lex Rhodia de iactu mit Berücks. der modernen Seerechte, bes. d. deutschen Handels-G.B. Kiel 1876. Brinz 2. Aufl. II. S. 769.] — Dazu das deutsche Handelsgstzb. V. 8. „von der Haverei", Art. 702 . . 756.

[2] „Die analoge Anwendung dieser Rechtssätze bei Feuer-, Wasser- und Kriegsschäden, die man mehrfach versucht hat, ist in der That, da die Bedingung einer Gleichheit der Gefahr für alle Eigenthümer fehlt, unausführbar." Puchta §. 368. a. E. Vgl. jedoch W. Sell Versuche I. S. 100 fg. Windscheid §. 403. nach A. 12: „Die Ausdehnung dieser Grundsätze auf andere Fälle, wo Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer, zu deren Herausgabe er verpflichtet ist, in Händen hat und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Andern rettet, läßt sich nicht abweisen." [Wächter II. S. 481: „weil sie auf allgemeine Grundsätze der aequitas sich stützt . ."] — Anwendung auf den Fall, wo zur Vermeidung einer drohenden Seegefahr ein Aufwand gemacht worden? Seuffert's Arch. VII. 89. vgl. das Handelsgstzb. Art. 708. Nr. 4.

## 4) Gesellschaft[a].

## §. 317.

### a) Begriff und Entstehung der Gesellschaft.

Gesellschaft (societas*) ist eine durch gegenseitig verpflichtenden Vertrag begründete Vereinigung mehrerer Personen zu einer rechtlichen,

[a] Inst. de societate. 3. 25. Dig. pro socio. 17. 2. Cod. 4. 37.

das Vermögen betreffenden Gemeinschaft[b]. Gegenstand dieser Gemeinschaft kann das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Gesellschafter (socii) sein; das ist societas *omnium bonorum* oder omnium fortunarum[c]; oder nur alles, was dieselben künftig, und zwar durch ihre Thätigkeit, erwerben mögen, das ist eine **Erwerbgesellschaft**** (societas *quaestus*, oder quaestus et lucri), welche angenommen wird, wenn eine Gesellschaft schlechtweg, ohne nähere Bestimmung eingegangen ist[d]; oder aber nur bestimmte **einzelne Sachen** und **Rechte** oder eine Mehrheit von solchen; oder nur **gewisse Erwerbungen**, z. B. durch Handel oder Handel einer gewissen Art; oder auch nur ein **einzelnes Geschäft**, das auf gemeinschaftliche Rechnung unternommen wird[e]. Der eigentliche Zweck der Vereinigung kann auch auf etwas anderes als Vermögensinteressen gerichtet sein, z. B. Förderung der Kunst oder Wissenschaft, oder bloßes Vergnügen; aber ein Rechtsverhältniß entsteht daraus überall nur, insofern zur Erreichung jenes Zweckes vermögensrechtliche Verbindlichkeiten eingegangen werden.

Der Gesellschaftsvertrag wird geschlossen durch die gegenseitige Zusage der Gemeinschaft, und kann daher auch stillschweigend abgeschlossen*** werden[f]. Auch können dabei verschiedenartige, wenn nur überhaupt zulässige und mit der Natur des Geschäfts verträgliche, Nebenbestimmungen, insbesondere Bedingungen, vorkommen[g]. Die Antheile der einzelnen Gesellschafter an Gewinn und Verlust, wie ihre Beiträge oder anderweitigen Leistungen zum gemeinschaftlichen Zweck können durch Verabredung nach Belieben festgesetzt werden[1], wobei insbesondere die Rücksicht auf die Thätigkeit oder auf den Credit eines Gesellschafters oder seiner Firma mitbestimmend sein kann[h]. Insofern aber darunter eine **Schenkung** sich verbirgt, ist diese nur gültig[2], wenn die Erfordernisse einer gültigen Schenkung vorhanden sind[i]. Der Regel nach ist **gleichmäßiger** Antheil[3] der Gesellschafter am Gewinn und Verlust als beabsichtigt anzunehmen[k].

[* Ueber die Entwicklung der societas vgl. Leist z. Geschichte d. röm. societas, 1881. (Drbr. Pfersche in d. Wiener Ztschr. IX. S. 639 fg.) Lastig Ztschr. f. d. ges. Handelsr. XXIV. S. 409 fg. Pernice Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. S. 48 fg. Endemann Studien I. Nr. III. S. 343 fg.]

[** Für den andern Fall, daß die Gesellschaft nur auf den Genuß materieller

[b] L. 31. 32. D. h. t. [c] L. 1. §. 1.. L. 3. §. 1. L. 73. D. h. t. [d] L. 7.. 13. eod. [e] pr. J. h. t. L. 5. pr. L. 52. §. 4. 5. L. 58. pr. §. 1. D. eod. [f] L. 4. pr. eod. [g] L. 1. pr. eod. L. 6. Cod. h. t. [h] §. 1.. 3. J. h. t. L. 5. §. 1. L. 29. 30. L. 52. §. 2. D. eod. L. 1. Cod. eod. [i] L. 5. i. f. D. eod. L. 16. §. 1. D. de minor. 4. 4. L. 32. §. 24. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [k] L. 29. pr. D. h. t. §. 1. J. h. t.

Güter gerichtet ist, schlägt Brinz 2. Aufl. II. S. 782. den Namen Gebrauchsgesellschaft vor.]

[*** Ueber „realcontractliche" Eingehung der Societas: Brinz S. 789 fg.]

Anm. 1 L. 29. D. h. t. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cuiuscunque alterius rei causa. §. 1. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus. §. 2. Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem *leoninam* solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. — L. 30. eod. Mucius ... scribit, non posse (*probe?*) societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait, nec posse societatem ita contrahi; neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto, neque damnum, nisi omni lucro deducto. Sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. Cf. Gai. III. 149. Vgl. Vangerow §. 651. [A. 1.] Keller §. 346. Seuffert's Arch. VII. 175. XVI. 110. [Vertheilung der damna fatalia: Brinz II. §. 335. bei und in A. 9.]

2 L. 5. §. 2. D. h. t. Donationis causa societas recte non contrahitur. „Das hat aber nur die ... Bedeutung: es soll daraus nicht die dem Consensualcontract eigenthümliche actio pro socio angestellt werden können." Savigny Syst. IV. S. 102.

3 Ob absolute oder relative Gleichheit der Antheile zu verstehen sei? Vgl. §. 3. J. h. t. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari. — L. 6. D. h. t. Si societatem mecum coieris ea conditione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae, industriae, pecuniae in societatem collaturus sit. Vgl. Vangerow §. 655. Keller a. a. O. S. 656. Windscheid §. 406. A. 13. [Brinz II. §. 335. S. 788 fg.]

## §. 318.

### b) Wirkungen des Gesellschaftsvertrages.

Die Wirkung des Gesellschaftsvertrages ist im Allgemeinen die, daß die Gesellschafter einander gegenseitig nach Treu und Glauben dasjenige leisten müssen, wozu sie nach Zweck und Gegenstand der Gesellschaft, beziehungsweise nach besonderen Vertragsbestimmungen, sich anheischig gemacht haben. Namentlich muß also jeder Gesellschafter seinen Beitrag

zur Gemeinschaft geben, und die dieser bestimmten Gegenstände, so wie es verabredet und so weit es thunlich ist, den übrigen mittheilen[a], so auch, was er von Gegenständen der Gemeinschaft bezieht, herausgeben[b], sodann die zugesagten Dienste leisten[c], und über Geschäfte, die er für die Gesellschaft geführt, Rechenschaft ablegen[d], wohingegen er auch Anspruch hat auf verhältnißmäßigen Ersatz desjenigen, was er angemessener Weise im Interesse der Gesellschaft aufgewendet hat[e]. In Angelegenheiten der Gesellschaft aber hat jeder Theilnehmer den ihm in eigenen Angelegenheiten gewöhnlichen Fleiß, diligentiam quam suis rebus[1], zu bewähren[f].

Bei einer allgemeinen Gütergesellschaft insbesondere[2] haben die Gesellschafter jeden rechtlichen Erwerb einzubringen[g], und werden andererseits deren Schulden, sowie der Aufwand zu ihrem Lebensunterhalt als Lasten der Gemeinschaft betrachtet[h], vorbehaltlich der durch Culpa des einzelnen begründeten besondern Ansprüche[i]. Was aber ein Gesellschafter durch unerlaubte Handlungen erwirbt, ist nicht Gegenstand der Gemeinschaft, es werde denn von jenem freiwillig eingebracht, und in diesem Falle müssen die Genossen, wenn sie den Ursprung des Erwerbes kennen, auch die vermögensrechtlichen Folgen des Delicts mittragen; ebenso auch in dem Falle, wenn ein Gesellschafter ohne Schuld auf eine Delictsklage verurtheilt ist, während außerdem der Antheil des Schuldigen allein davon betroffen wird[k].

Die Klage, mit welcher die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältniß geltend zu machen[l], ist die actio pro socio[3]. Im Verhältniß der einzelnen Gesellschafter zu dritten Personen[4] wird durch die Gesellschaft unmittelbar und an sich keine Veränderung bewirkt; es können aber Rechte und Verbindlichkeiten des einen nach den Regeln der §§. 245..248. auch für und gegen die übrigen wirksam werden[m].

Anm. 1 L. 72. D. h. t. Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est, desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim, talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. Vgl. §. 250. [Brinz 2. Aufl. §. 335. A. 10.]

2 Ueber die Frage, ob bei der societas omnium bonorum die Sachen aller Gesellschafter ipso iure gemeinschaftliche werden, vgl. §. 145. A. 1.

[a] L. 1. §. 1. L. 3. pr. L. 52. §. 8. L. 74. D. h. t. cf. L. 58. pr. §. 1. D. h. t. [b] L. 21. 38. §. 1. L. 60. pr. eod. [c] L. 52. §. 2. eod. [d] [arg. L. 2. D. de neg. gest. 3. 5. §. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. cf.] L. 67. §. 1. D. h. t. [e] L. 38. §. 1. eod. [f] L. 52. §. 2. L. 72. eod. §. 9. J. h. t. cf. L. 10. D. de compens. 16. 2. [g] L. 3. §. 1. L. 52. §. 16. L. 73. 74. eod. [h] L. 73. in f. eod. cf. L. 27. eod. [i] L. 59. §. 1. eod. [k] L. 52. §. 17. 18. L. 53..57. D. h. t. [l] L. 32. eod. §. 2. J. de poena tem. litig. 4. 16. [m] L. 82. D. h. t. cf. L. 1. §. ult. L. 2..4. §. 2. D. de exercit. act. 14. 1. L. 13. §. 2. D. de instit. act. 14. 3. L. 44. §. 1. D. de aedil. ed. 21. 1.

[3] [Brinz 2. Aufl. II. S. 791 fg.] Ueber die mögliche Concurrenz dieser Klage mit andern Klagen vgl. a) L. 38. §. 1. L. 48. D. h. t. b) L. 45..51. eod. c) L. 69. eod. Quum societas ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est, epulas (Hal. *nundinarias epulas;* vielleicht *nundinarum impensas?* Mühlenbruch §. 418. [A. 8.]) praestaret, eosque a negotio (Vulg. Hal. *ad negotium*) dimitteret, si eas iis non solverit, et pro socio et ex vendito cum eo agendum est. Vgl. Leist in Linde's Ztschr. XVII. 10. — Ueber das beneficium competentiae unter Gesellschaftern vgl. §. 225. A. 4.

[4] [„Eine Societät ist keine juristische Person." Wächter II. S. 482.] Vgl. Vangerow §. 653. Windscheid §. 407. [Brinz a. a. O. S. 787 u. A. 29 fg.] und mit Rücksicht auf das heutige Recht besonderer Arten von Gesellschaften, das deutsche Handelsgsjzb. B. II. III. Art. 85..270. Keller §. 349. Thöl Handelsrecht I. §. 34..48. [5. Aufl. §. 87 fg.] Bluntschli deutsches Privatrecht II. §. 133..139. [Römer die Haftung für die Gesellschaftsschuld der offenen Handelsgesellschaft nach dem A.D.H.G.B. und dem gem. R. in dessen Abh. aus dem R. R. Heft 1. Nr. 5.]; vgl. Seuffert's Arch. II. 178. 179. 287. 288. III. 195. 197. 360. IV. 115. V. 164. VI. 194. XII. 270. 271. XIV. 82. 93. XVI. 215. 216.

## §. 319.

### c) Endigung der Gesellschaft.

Die Gesellschaft wird aufgehoben[a]:

1) nicht bloß durch gemeinsamen Beschluß aller Gesellschafter, sondern auch durch einseitige Aufkündigung jedes einzelnen[b], welche jedoch nicht hindert, daß die übrigen, vermöge neuer oder auch zu Anfang schon für solchen Fall getroffener Verabredung, fernerhin in Gesellschaft bleiben[c]. Die Aufkündigung kann durch Anstellung der Klage oder auf andere Weise geschehen[d], auch durch oder an einen Stellvertreter[e]. Wird dem Abwesenden gekündigt, so wirkt so lange, bis dieser Kenntniß davon erhalten hat, die Gesellschaft noch als bestehend fort rücksichtlich der Pflichten, nicht auch rücksichtlich der Rechte des kündigenden Gesellschafters[f]. Gleiches gilt bei arglistiger Kündigung rücksichtlich dessen, was dadurch der Gesellschaft entzogen werden sollte[g]. Auch erzeugt überhaupt die unzeitige Aufkündigung für die Mitgesellschafter einen Anspruch auf Entschädigung[h], und gleich der unzeitigen wirkt, bei Festsetzung einer bestimmten Zeitdauer, die vorzeitige Kündigung, wenn sie nicht durch besondere Gründe gerechtfertigt ist[i]. Die Verabredung der Unauflöslichkeit der Gesellschaft bewirkt keine Aenderung bezüglich des Aufkündigungsrechtes[1];

[a] L. 4. §. 1. L. 63. §. 10. D. h. t. §. 4..8. J. h. t. [b] L. 63. in f. L. 65. §. 3. D. h. t. [c] arg. L. 65. §. 9. eod. [d] L. 65. pr. eod. [e] L. 65. §. 7. 8. eod. [f] L. 17. §. 1. eod. [g] L. 65. §. 3. eod. §. 4. J. h. t. [h] L. 17. §. 2. L. 65. §. 4. D. eod. [i] L. 14..16. L. 65. §. 6. eod.

2) durch den Tod eines Gesellschafters, jedoch unbeschadet der Verabredung, daß die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen solle[k]. Der Erbe tritt der Regel nach[2] nicht von selbst in die Gesellschaft ein, auch wenn dies im Voraus verabredet ist[l]; doch ist er verpflichtet, was der Erblasser in Angelegenheiten der Gesellschaft begonnen, redlich zu erledigen[m];

3) durch Concurs oder Confiscation des Vermögens eines Gesellschafters[n];

4) durch Unmöglichkeit oder Beendigung des Geschäftes, zu welchem die Gesellschaft eingegangen[o], desgleichen durch Untergang des Gegenstandes, dessen Gemeinschaft bezweckt ist[p];

5) durch Ablauf der Zeit, für welche die Gesellschaft eingegangen ist, sofern sie nicht, ausdrücklich oder stillschweigend, weiter erstreckt wird[q].

Alle diese Endigungsgründe heben übrigens nur die Gesellschaft, nicht die durch dieselbe bereits begründeten Forderungen auf, wegen deren vielmehr jetzt noch, und so auch für und gegen die Erben eines Gesellschafters, die actio pro socio stattfindet[r].

Anm. [1] L. 14. D. h. t. Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. Quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit, frustra hoc convenire; nam etsi non convenit, si tamen intempestive renuntietur, esse pro socio actionem; sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio . . . L. 65. §. 3. eod. . . . Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare: quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit . . . §. 6. ibid. Item qui societatem in tempus coiit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat. Seuffert's Arch. XVI. 45.

[2] L. 59. pr. D. h. t. Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait; in societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicuius etc. cf. L. 63. §. 8. eod. — Vgl. Windscheid §. 408. A. 11. gegen Dietzel in Linde's Ztschr. n. F. XIII. S. 435 fg. — Nach R. R. bewirkte gleich dem Tode auch maxima und media capitis deminutio eines Socius die Endigung der Gesellschaft. L. 63. §. 10. eod. — Ueber das heutige Recht, namentlich bei Handelsgesellschaften: Handelsgesßb. Art. 123. Nr. 2. Bluntschli a. a. O. §. 133. 137. Thöl a. a. O. §. 39. 39a. Nr. III. §. 43. 43a. Nr. III. §. 47. 47a. Nr. E. vgl. Seuffert's Arch. III. 319.

[k] L. 65. §. 9. eod. §. 5. J. h. t. [l] L. 35..37. L. 52. §. 9. L. 59. pr. L. 63. §. 8. L. 65. §. 9. 11. D. eod. [m] L. 40. eod. [n] L. 4. §. 1. L. 65. §. 1. 12. eod. §. 7. 8. J. h. t. [o] §. 6. J. eod. L. 58. pr. D. eod. [p] L. 63. §. 10. eod. [q] L. 1. pr. L. 65. §. 6. eod. [r] L. 63. §. 8. eod.

## §. 320.

### 5) Gemeinschaft.

Eine Gemeinschaft von Vermögensrechten erzeugt schon an sich, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Vertrag entstanden sei oder nicht[1], ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältniß unter den Theilnehmern (socii im w. S.). Ihm entsprechen besondre Klagen, die actio *familiae erciscundae*, welche die Gemeinschaft unter Miterben betrifft[a], und die actio *communi dividundo*[b], welche zunächst auf jede Gemeinschaft von Eigenthum sich bezieht[c], analog aber auch bei Gemeinschaft anderer Rechte, die mehreren pro partibus indivisis zustehen können, Anwendung findet[d].[1a] Mittels dieser Klage kann jeder Genosse Theilung des gemeinschaftlichen Gutes[2] und somit Aufhebung der Gemeinschaft herbeiführen[e], aber auch Ansprüche geltend machen, die bezüglich der Gemeinschaft durch Verwendungen von seiner Seite[3], durch Beschädigung oder Bezug der Nutzungen von Seiten der andern Theilnehmer entstehen können[f]; auch dient dieselbe Klage jedem Theilnehmer zu dem Zweck[4], um bei fortdauernder Gemeinschaft von Seiten der Genossen die Gestattung desjenigen Gebrauchs, wozu er als Mitberechtigter oder kraft betreffender Vereinbarung befugt ist, zu erwirken und widerrechtliche Anmaßungen von Seiten derselben abzuwehren[g]. Die Theilnehmer haften einander, soweit sich einer mit dem gemeinschaftlichen Gute befaßt, gleich den Gesellschaftern, für die in eigener Angelegenheit ihnen gewöhnliche Sorgfalt[h].

Der Theilungsrichter hat, nach Abwägung der gegenseitigen Ansprüche der Theilhaber und mit Festhaltung des unter ihnen gültig Verabredeten[i], nach billigem Ermessen[k] durch Zuspruch und Verurtheilung die Auseinandersetzung unter den Parteien zu bewirken[l]. Er kann nach Umständen dem einen oder dem andern Theilhaber verschiedene bisher gemeinschaftliche Sachen oder reelle Theile derselben Sache oder auch einem allein den ganzen Streitgegenstand gegen Entschädigung des

[a] Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Cod. 3. 36. [b] Dig. communi dividundo. 10. 3. Cod. 3. 37. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. 3. 38. §. 20. J. de act. 4. 6. vgl. §. 97. A. 7. §. 99. [c] L. 1. 4. pr. §. 1. D. h. t. 10. 3. L. 19. pr. eod. (§. 133.) [d] L. 7. pr. §. 2. 6 . . 9. eod. L. 1. §. 8. D. de superfic. 43. 18. cf. L. 10. §. 1. L. 19. §. 1. 2. 4. D. h. t. 10. 3. vgl. §. 53. §. 178. not. f. §. 196. not. p. [e] L. 14. §. 2. D. h. t. L. 8. pr. eod. L. 5. Cod. h. t. 3. 37. [f] L. 3. pr. L. 4. §. 3. L. 6. pr. §. 1 . . 5. 7. L. 8. §. 2 . . 4. L. 9. 10. pr. L. 14. pr. §. 1. L. 28. 29. pr. D. h. t. §. 3. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. §. 2. (L. 4.) Cod. h. t. [g] L. 12. 23. D. h. t. L. 26. D. de s. p. u. 8. 2. L. 4. D. de servit. leg. 33. 3. L. 3. §. 1. 2. D. de o. n. n. 39. 1. [h] L. 25. §. 16. 18. D. fam. erc. 10. 2. L. 26. D. comm. div. 10. 3. L. 4. §. 2. L. 4. i. f. Cod. h. t. [i] L. 3. §. 1. D. h. t. [k] L. 21. D. eod. [l] §. 4. 5. J. de off. iud. 4. 17. §. 146. 188. not. g.

andern zusprechen[m], dabei auch etwa Dienstbarkeiten auflegen[n], und über das Wie? und Wem? in Ermangelung andrer Entscheidungsgründe selbst das Loos entscheiden lassen. Das angemessenste Verfahren ist wohl in den meisten Fällen, namentlich wo reelle Theilung unzulässig erscheint, dieses: durch Versteigerung, entweder nur unter den Theilhabern oder auch mit Zulassung anderer Bieter, zu ermitteln[o], wem das gemeinschaftliche Gut zu überlassen und welche Abfindung den andern dafür zuzuerkennen sei[5].

Das Theilungsurtheil, das übrigens nur unter den streitenden Parteien[6] und deren Rechtsnachfolgern wirkt[p], kann nur in der Weise und aus gleichen Gründen wie ein anderes Urtheil angefochten werden. Eine außergerichtliche Theilung kann nicht nur wegen Betrugs, sondern auch wegen jeder erheblichen Verkürzung, die ein Theilnehmer wider Willen dadurch erleidet, angefochten werden[q] und zu einem neuen richterlichen Theilungsverfahren Anlaß geben[7].

Anm. [1] L. 2. pr. D. h. t. 10. 3. Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit; nam utroque casu locus est communi dividundo iudicio. Im letzten Fall nennt man die Gemeinschaft heutzutage *communio incidens*. Vgl. L. 25. §. 16. D. fam. erc. „cum coherede non contrahimus, sed *incidimus* in eum", L. 31. D. pro socio . . . Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, utputa quum non affectione societatis *incidimus in communionem*, ut evenit in re duobus legata etc. — Ed doppelseitige Klagen, S. 88 . . 140. Windscheid 4. Aufl. §. 449. [Steinlechner Jur. Communio. II. S. 130 fg. Brinz 2. Aufl. §. 176. 323. Geib die rechtl. Natur der a. comm. div. Tübingen 1882.]

[1a Brinz §. 323. A. 36.]

[2] L. 5. Cod. h. t. In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri; daher L. 14. §. 2. D. h. t. Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem in certum tempus, quod et ipsius rei qualitati prodest, valet. [Bindende Kraft solcher Vereinbarung auch für die Singularsuccessoren: L. 14. §. 3. eod. Dazu Kohler Ges. Abh. I. S. 183 fg.] Jedoch: Unzulässigkeit der Theilungsklage bei einem Hause, welches von Mehreren mit abgetheilten Wohngelassen, aber gemeinschaftlichen Eingängen u. s. w. besessen wird?, desgleichen bei einem zum gemeinschaftlichen Eingang dienenden Hofraum? Seuffert's Arch. VII. 176. XV. 126. [vgl. XX. 32. Theilung gemeinschaftlicher Winkel: XXII. 138. Theilung gemeinschaftlicher Mauern? Kohler Ges. Abh. I. S. 176 fg. — Brinz a. a. O. I. S. 708: „Das Recht zur Theilung liegt nicht in einer Obligation der Miteigenthümer, sondern im Miteigenthum selbst. Darum geht es mit Veräußerung des Theiles auf den Erwerber über; darum kann man sich desselben durch keinen Pact begeben."]

[m] §. 5. J. cit. L. 47. pr. L. 55. D. fam. erciac. 10. 2. [n] L. 16. §. 1. eod. L. 6. §. 10. L. 7. §. 1. D. h. t. [o] L. 1. §. 1. (L. 1.) L. 3. §. 1. (L. 3.) Cod. h. t. 3. 37. cf. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. [p] L. 17. Cod. fam. erc. 3. 36. L. 27. D. eod. cf. L. 17. D. de usucap. 41. 3. [q] L. 3. Cod. comm. utr. iud. 3. 38.

³ [Steinlechner a. a. O. S. 164 fg. Vgl. auch Kohler a. a. O. S. 186 fg. 200 fg.] Ueber den Fall, wenn ein Theilhaber für die gemeinschaftliche Sache Verwendungen gemacht hat, indem er sie für sein Alleineigenthum hielt oder in der Person des Miteigenthümers irrte, vgl. L. 14. §. 1. D. h. t.... Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui. At quum puto rem ... esse mihi communem cum alio, quam est, id ago, ut alium mihi obligem, et sicut negotiorum gestorum actio datur adversus eum cuius negotia curavi, quum putarem alterius ea esse, ita et in proposito. Vgl. [Zimmermann Aechte und unächte neg. gest. S. 83 fg. Brinz II. S. 672 fg. und oben] §. 298. A. 2. — Ueber den Fall, wenn einer ohne Noth auch für seine Genossen mithandelte, s. L. 6. §. 2. eod. Non alias communi dividundo iudicio locus erit, ... nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit; alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. L. 6. §. 7. eod. L. 39 (40). D. de neg. gest. 3. 5. [Brinz a. a. O. S. 673.]

⁴ So mit Recht Windscheid §. 449. A. 4. gegen Seuffert's Arch. IX. 268. vgl. VII. 185. XIII. 24. [Steinlechner S. 179 fg.]

⁵ L. 3. in f. Cod. h. t. 3. 37... ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem (*licitantem*) profiteatur. Vgl. jedoch Seuffert's Arch. I. 261. XV. 125. Realtheilung eines Hauses: das. XIV. 10. vgl. IX. 264. [XXIV. 239.] — Eine besondere Vorschrift: L. 34. §. 2..2b. (§. 2.) Cod. de donat. 8. 53 (54). (§. 81. A. 2.). — Die Theilung schließt übrigens bald einen Kauf, bald einen Tausch in sich; daher denn auch die Möglichkeit einer Evictionsverbindlichkeit. L. 20. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. L. 14. Cod. eod. 3. 36. L. 1. Cod. comm. utr. 3. 38. [Ueber die (bestrittene) rechtliche Natur der Theilung vgl. Steinlechner S. 96 fg. Wächter II. §. 212. Beil.]

⁶ Vgl. insbesondere „über die Theilung unter wenigen von mehreren Communions-Interessenten" Zimmermann im civ. Arch. XXXIV. 9.

⁷ L. 3. Cod. 3. 38. Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur. Cf. Cons. vet. Icti. cap. 2. Seuffert's Arch. IV. 222. 223. XII. 30. Vgl. jedoch Windscheid §. 449. A. 25.

## §. 321.

### 6) Gränzscheidung [a].

Für den Fall, daß die Gränzen anstoßender [b] ländlicher [c] Grundstücke (praedia rustica) streitig und dadurch also ungewiß sind, gibt es eine besondere persönliche Klage [d], actio *finium regundorum* [1], Gränzscheidungsklage, welche den Eigenthümern oder auch andern dinglich berechtigten Inhabern [2] der fraglichen Grundstücke gegen einander zusteht [e].

[a] Dig. finium regundorum. 10. 1. Cod. 3. 39. [b] L. 4. §. 11. L. 5. 6. D. h. t. [c] L. 2. pr. L. 4. §. 10. eod. [d] L. 1. eod. [e] L. 4. §. 7..9. eod.

Sie bezweckt zunächst Ermittelung und Feststellung der wahren Gränzen[f], die alsdann durch sichtbare Zeichen erkenntlich zu machen sind; wenn aber die Ungewißheit nicht gehoben werden kann, so nimmt die Klage die Natur einer Theilungsklage an; sie geht sodann auf Theilung des streitigen Gränzstrichs, welcher als gemeinschaftlich behandelt wird, und es kann selbst auch aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Gränzlinie neu bestimmt werden[g]. Daher wird die Klage mit der actio communi dividundo und familiae erciscundae zusammengestellt, sie ist, wie diese, duplex actio[h], und es können dabei gleichfalls verschiedenartige gegenseitige Ersatzansprüche vorkommen[i].

Anm. [1] Ueber das Geschichtliche dieser Klage vgl. Rudorff in der Zeitschr. f. gesch. Rtsw. X. 7. [S. 343 fg.] Puchta Inst. II. §. 234. Rudorff's gromatische Institutionen in den Schriften der röm. Feldmesser II. S. 433 fg. Karlowa Beitr. z. Gesch. des röm. Civilproc. S. 141 fg. [Voigt die XII Tafeln II. S. 622 fg. 638 fg.] — Eine neue Ansicht über das Wesen dieser Klage ist aufgestellt von Wiederhold in Linde's Ztschr. XIII. 3.; sie soll nur auf Abmarkung durch Aufstellung von Gränzzeichen gehen, um künftigen Gränzirrungen vorzubeugen. Dagegen Sternberg ebendaselbst XVII. 13. Puchta Pand. §. 374. und dessen kleine Schriften S. 347 fg. E. Hoffmann im civ. Arch. XXXI. 16. [XXXV. 10.] Vangerow III. §. 658. [Brinz 2. Aufl. I. S. 709: Daß mit der a. fin. reg. „auf bloße Vermarkung (unstreitiger Gränzen) geklagt werden könne, oder daß f. r. a. wesentlich eine Klage auf Vermarkung sei, läßt sich aus den Quellen nicht erhärten.“ Vgl. überhaupt noch Hesse Rechtsverh. zwischen Grundst.Nachb. II. S. 149 fg. 2. Aufl. S. 476 fg. Brinz 2. Aufl. II. S. 678.] Seuffert's Arch. V. 16. 17. 282. XIV. 29. 136. XVIII. 243. 273. XX. 33. [XXI. 212. XXII. 44. XXIII. 26. XXIV. 215. XXVI. 14.].

[[2] Damit ist nicht gesagt, „daß die Emphyteuse, der Ususfructus, das Pfandrecht ein Recht gebe, auf eine Gränze bloß für die Emphyteuse u. s. w. zu dringen, sondern, daß nach dem Eigenthümer auch der Emphyteuta u. s. w. auf Feststellung der diesem Grundstück „eigenen Gränze“ dringen könne, mithin in Ansehung derselben nicht minder rem iudicatam mache, als der Eigenthümer.“ Brinz 2. Aufl. §. 177 a. E.]

## II. Obligationen aus unerlaubten Handlungen und verwandte Fälle.

### §. 322.

Aus unerlaubten Handlungen entstehen nach römischem Rechte theils Ersatz-, theils Straf-Forderungen, welche bald durch reine Ersatz- oder Straf-Klagen, bald vereint durch gemischte Klagen geltend zu machen sind (§. 98.). Den Anspruch auf Privatstrafe hat jedoch die gemeinrechtliche Praxis in den meisten Fällen beseitigt (§. 243.), und ist dadurch die Lehre von diesen Obligationen in ihren praktischen Resultaten

[f] L. 8. §. 1. L. 11. 12. eod. cf. L. 3. Cod. h. t. [g] L. 2. §. 1. L. 3. D. eod. §. 6. J. de off. iud. 4. 17. [h] L. 10. D. h. t. [i] L. 4. §. 1..3. D. eod.

sehr vereinfacht worden. Gleichwohl ist es angemessen, für die einzelnen Fälle zunächst immer die Bestimmungen des römischen Rechts voranzustellen, da zumal die Theorie über die Gränzen ihrer heutigen Anwendbarkeit bis zur neuesten Zeit einigermaßen unsicher und schwankend gewesen ist.

[Anm. Brinz 2. Aufl. §. 338. — Ueber condemnatio cum taxatione bei den prätor. Strafklagen vgl. Heffe Bedeutung und Anwendungen der taxatio im R. R. 1879.]

## §. 323.

## A. Entwendung.

Eine Entwendung, *furtum*[a], begeht, wer eine bewegliche[b] Sache nimmt[c], in der Absicht, widerrechtlichen Gewinn zu machen[d], und dadurch auch in der That das Recht eines Andern verletzt[e]. Nach römischem Recht entsteht daraus für jeden, welcher durch die Entwendung in seinem rechtlichen Interesse verletzt worden ist[f], eine Strafklage, actio *furti*, gegen den Dieb und dessen Gehülfen[g], und zwar gegen jeden auf Bezahlung des vierfachen Sachwerthes, beziehungsweise Interesses[h], wenn er bei der That betreten worden ist (furtum *manifestum*), sonst, d. i. wegen furtum *nec manifestum*, auf das Doppelte[i]. Außerdem gibt es für den Eigenthümer der entwendeten Sache eine nicht als Delictsklage angesehene, sondern durch das unrechtliche Haben der Sache an sich begründete Ersatzklage, condictio *furtiva* s. ex causa furtiva[k], gerichtet auf Rückgabe der Sache nebst Zubehör, beziehungsweise vollen Schadenersatz[l] gegen den Dieb und dessen Erben[m], gegen mehrere Diebe als solidarisch verpflichtete Schuldner[n], die aber als reine Ersatzklage wegfällt, sobald der Verletzte einmal vollen Ersatz erhalten hat[o]. Analog wird eine solche Klage als incerti condictio auch dem Pfandgläubiger beigelegt[p], und im Fall widerrechtlicher Besitzentziehung unbeweglicher Sachen angewendet[q].

[a] Dig. de furtis. 47. 2. Cod. de furtis et de servo corrupto. 6. 2. Inst. de obl. quae ex delicto nascuntur. 4. 1. cf. Gai. III. 183..208. Pauli sentt. II. 31. [b] L. 25. pr. D. h. t. §. 7. J. de usucap. 2. 6. cf. Gai. II. 51. [c] L. 1. 68 (67). pr. D. h. t. L. 43. pr. L. 44. pr. §. 1. eod. §. 3. 4. J. l. c. cf. pr. J. vi bon. rapt. 4. 2. [d] L. 1. §. 3. L. 43. §. 4..11. L. 55 (54). §. 1. D. h. t. §. 7. J. h. t. [e] L. 43. §. 5. L. 46. §. 8. D. eod. L. 19. §. 5. 6. L. 20. §. 1. L. 40. 55 (54). pr. §. 1. eod. §. 1. 6. 10. 14 (16). J. h. t. [f] §. 13..17 (15..19). J. eod. L. 10..14. D. eod. [g] §. 11. 12 (13. 14). 19 (21). J. eod. L. 21. §. 9. L. 34. D. eod. [h] L. 27. pr. L. 50. pr. D. eod. [i] §. 5. J. h. t. L. 2..8. D. eod. [k] Dig. de condictione furtiva. 13. 1. Cod. 4. 8. cf. §. 14. J. de action. 4. 6. [l] L. 3. 7. 8. L. 14. §. 2. 3. D. l. c. 13. 1. L. 2. Cod. l. c. 4. 8. [m] L. 4..6. L. 7. §. 2. L. 16. D. eod. [n] L. 1. Cod. l. c. [o] L. 10. pr. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. [p] L. 12. §. 2. D. l. c. cf. L. 22. pr. D. de pign. act. 13. 7. [q] L. 25. §. 2. D. de furt. 47. 2.

Nach heutigem Recht nun findet die actio furti als Strafklage überall nicht mehr statt; eine Klage auf einfachen Ersatz aber muß jedem eingeräumt werden, dessen rechtliches Interesse durch die Entwendung verletzt ist, auch wenn die condictio furtiva nach römischem Recht nicht begründet wäre.

Anm. 1 L. 1. §. 3. D. h. t. 47. 2. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Vgl. überhaupt: Dollmann die Entwendung nach den Quellen des gem. Rts. 1834. Wächter im Rtslex. III. S. 354 . . 423. Ullmann über den Dolus beim Diebstahl 1870. Windscheid §. 451 . . 454. [Brinz 2. Aufl. §. 339. Schirmer z. L. v. furtum, Ztschft. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 207 fg. Krüger üb. furt. conceptum, prohibitum und non exhibitum, ebd. S. 219 fg. — „Ueber das ope consilio der actio furti" M. Cohn Beitr. z. Bearbeitung d. R. R. Heft II. 1880. S. 1 . . 40. und übhpt. über die röm. actiones furti: Voigt die XII Tafeln II. §. 136 fg.; über die cond. furt.: Brinz 2. Aufl. §. 301. — Wesentlich abweichend vom Begriff des furtum ist der Begriff des Diebstahls in den modernen Strafgesetzen. R.St.G.B. §. 242. Oesterr. St.G.B. §. 171. Wächter Pand. II. S. 488: „Der Diebstahl des deutschen Rechtes ist nur ein Fall des furtum; denn zu dem römischen furtum gehört z. B. noch Unterschlagung, Raub, widerrechtliche Gebrauchsanmaßung, Besitzentwendung (an einer beweglichen Sache) u. s. w." Note 1: „Ferner: wissentliche Annahme einer Nichtschuld." Brinz 2. Aufl. II. S. 804. — Ueber furtum possessionis s. Windscheid §. 452. A. 10., Wendt (s. §. 129. A. 1.) S. 107 fg.]

2 In der P.G.O. von Karl V., Art. 157. 158., ist die Privatstrafe des Doppelten und Vierfachen noch anerkannt bei dem einfachen geringen Diebstahl (unter 5 Goldgulden); aber auch in diesem Fall ist sie außer Gebrauch gekommen. Dollmann a. a. O. S. 112.

3 Wegen gewaltthätiger Entziehung beweglicher Sachen hat das R. R. noch eine besondere (prätorische) Klage, actio *vi bonorum raptorum*, und zwar intra annum utilem auf das Vierfache, welche als mixta actio einerseits mit der actio furti, andererseits mit der condictio furtiva concurrirt. Vgl. Inst. vi bonorum raptorum. 4. 2. Dig. 47. 8. Cod. 9. 33. Sodann kommt eine gleiche Klage vor für den Fall der Entwendung in Feuersnoth und andern Unglücksfällen. Dig. de incendio, ruina, naufragio. 47. 9. Die Auszeichnung dieser Fälle hat heutzutage civilrechtlich kein Interesse mehr.

4 Aus besondern Gründen wird im R. R. ein furtum nicht angenommen bei Erbschaftssachen, so lange der Erbe nicht Besitz von ihnen genommen hat, es möchte denn eines Andern rechtliches Interesse durch die Entwendung verletzt sein. L. 69 . . 72. 84 (68 . . 71. 83). D. de furt. 47. 2. cf. L. 35. D. de usucap. 41. 3. Arndts im Rh. Mus. II. S. 132 (civ. Schr. I. S. 130). Dafür gibt es ein besonderes Rechtsmittel, crimen expilatae hereditatis, das zugleich auf außerordentliche Bestrafung und auf Restitution des Entwendeten geht. Dig. expilatae hereditatis. 47. 19. Cod. 9. 32. Nach heutigem Recht ist auch diese Besonderheit von keiner Bedeutung mehr. Jedoch a. M. Windscheid §. 454. A. 20. vgl. Wächter Rtslex. S. 422.

## B. Beschädigung.

### §. 324.

#### 1) Entschädigungspflicht nach der lex Aquilia [a].

Nach der lex Aquilia [1] und deren analoger Ausdehnung [b] ist jeder, durch dessen schuldvolles [2] und darum widerrechtliches Verhalten [3] in seinem Thun [c], es sei mit bösem Vorsatz oder nur aus Mangel gehöriger Vorsicht [d], die Beschädigung oder Vernichtung einer Sache verursacht oder doch derselbe Erfolg, als ob sie vernichtet wäre [e], herbeigeführt oder der Körper einer freien Person verletzt worden ist [f], verpflichtet, für den dadurch gestifteten Schaden (damnum iniuria datum) dem Beschädigten vollen Ersatz zu leisten [g]. Die Klage darauf ist die actio legis Aquiliae, directa oder utilis und in factum actio accommodata legi Aquiliae [h]. Sie steht nicht bloß dem Eigenthümer [i], sondern auch, selbst gegen diesen, andern dinglich berechtigten Personen [k], beziehungsweise dem körperlich Verletzten [l] oder dessen Gewalthaber [m] zu [3a]. Nach römischem Rechte geht sie gegen den Läugnenden auf das Doppelte [n], und hat auch außerdem den Charakter einer Strafklage [o] vermöge der Bestimmung, daß der höchste Werth der Sache im letzten Jahre (bei Tödtung von Sklaven oder vierfüßigem Vieh) oder in den letzten dreißig Tagen (bei anderer Schadensstiftung) der Schätzung zum Grunde zu legen sei [p]. Nach heutigem Recht gilt sie überall nur als bloße Ersatzklage, die aber als Delictsklage nur mit Beschränkung gegen den Erben geht [q]. Nur rücksichtlich des Beweises des Werthes kommt dem Beschädigten noch jetzt jene Zeitbestimmung zu Gute [4], und mehrere Schuldige haften ihm solidarisch [r]. Im Fall der Körperverletzung eines Freien geht nach römischem Recht die Klage nur auf Ersatz des verursachten Vermögensschadens [s], durch Heilungskosten und Verlust an Arbeitsgewinn [5], nach heutigem Recht hat der Verletzte auch Anspruch auf ein sog. Schmerzengeld [6].

[a] Inst. de lege Aquilia. 4. 3. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. Cod. 3. 35. [b] §. 16. J. h. t. L. 27. §. 19..21. L. 30. §. 2. L. 33. §. 1. D. h. t. [c] L. 13. §. 2. D. de usufr. 7. 1. L. 30. §. 3. D. h. t. cf. L. 4. 5. pr. L. 27. §. 9. L. 29. §. 1. L. 31. L. 49. §. 1. eod. [d] L. 5. §. 1..3. L. 6. L. 8. §. 1. L. 10. L. 44. D. eod. [e] L. 7. §. 1. et sq. L. 27. §. 5. et sq. eod. [f] L. 5. §. 3..L. 7. pr. §. 4. L. 13. pr. eod. [g] L. 21. §. 2..L. 23. §. 6. L. 29. §. 3. L. 33. pr. L. 37. §. 1. eod. (§. 206.). [h] L. 11. D. de praescript. verb. 19. 5. L. 9. §. 2. 3. L. 29. §. 5. L. 33. §. 1. L. 53. D. h. t. §. 16. J. eod. [i] L. 2. pr. L. 11. §. 6. L. 27. §. 5. eod. cf. L. 19. 20. eod. [k] L. 11. §. 8. 10. L. 12 L. 17. eod. [l] L. 13. pr. eod. [m] L. 7. pr. §. 4. eod. [n] L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. eod. L. 4. Cod. h. t. (§. 252.). [o] §. 9. J. h. t. L. 11. §. 2. i. f. D. h. t. (§. 105.). [p] §. 9. 10. J. h. t. L. 2. pr. §. 2 L. 21. 22. 23. §. 3. L. 27. §. 5. L. 29. §. 8. D. h. t. [q] §. 9. J. l. c. L. 23. §. 8. D. h. t. (§. 104. N. 2.). [r] L. 11. §. 2. eod. (§. 214.). [s] L. 7. pr. eod. L. 7. D. de his qui effud. 9. 3.

Anm. [1] Ueber den Inhalt dieses Gesetzes vgl. a) L. 2. pr. D. h. t. Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel (quadrupedemve?) pecudem occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.* b) L. 27. §. 4. eod. Huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit. [Früher erging man sich in den verschiedensten Vermuthungen über den Inhalt dieses Capitels, die sich, so scharfsinnig manche waren, — s. z. B. die Abh. des Claudius Chifletius in Otto's Thesaurus V. p. 878 sqq. — bei Auffindung des Gaius alle als unrichtig erwiesen haben; vgl.] Gai III. 215. 216. c) L. 27. §. 5. eod. Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Ceterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis. tantum aes domino dare damnas esto.* Vgl. A. Pernice z. L. v. d. Sachbeschädigungen nach R. R. 1867. (darüber Exner in d. kr. Vjschr. XI. S. 312 fg. Schletter's Jahrb. XIII. S. 179 fg.) [K. Sell die actio de rupitiis sarciendis der 12 Tafeln und ihre Aufhebung durch die lex Aquilia. 1877. (vrbr. E. Hoffmann in d. krit. Vjschr. XX. S. 280 fg.) Dernburg Preuß. Pr.R. II. §. 259 fg. Voigt die XII Tafeln II. §. 131 fg. und S. 665 fg. Brinz 2. Aufl. §. 340.]

[2] L. 44. pr. D. h. t. In lege Aquilia et *levissima* culpa venit. §. 85. A. 2. Vgl. §. 86. A. 3. [Brinz A. 13 fg.] Dabei kommt es aber darauf an, ob nicht dem Beschädigten selbst ein Verschulden zur Last fällt. §. 4. J. h. t. L. 3. 4. pr. L. 28. §. 1. L. 52. §. 1. D. h. t. L. 11. pr. eod. L. 203. D. de R. J. Jedoch wird selbst durch lata culpa des Beschädigten die Haftung des dolosen Beschädigers nicht ausgeschlossen. L. 9. §. 4. L. 31. cf. L. 52. §. 1. D. h. t. Demelius in d. dogmat. Jahrb. V. S. 59 fg. 71 fg. Arndts in d. krit. Vjschr. V. S. 172 (civ. Schr. III. S. 505) fg. Pernice S. 58 fg. Exner S. 318. Vgl. §. 250. A. 4. Ueber den Beweis des Verschuldens: Busch im civ. Arch. XLV. S. 148 fg. Pernice S. 230 fg. Seuffert's Arch. VII. 320. XVI. 113.

[3] Ob und in wie weit auch wegen Unterlassung? Seuffert's Arch. III. 55. IV. 96. X. 164. 165. XIII. 28. XV. 129. Busch im civ. Arch. XLV. S. 139 fg. Pernice S. 164 fg. [vgl. aber jetzt Pernice Labeo II. S. 56. 253.] Windscheid §. 455. A. 9. [Brinz §. 340. A. 10..12.] Haftung des Auftraggebers? Seuffert's Arch. XV. 130. — Haftung des Herrn für Beschädigung durch dessen Knechte? Das. XIV. 35. XVI. 220. — Haftung einer juristischen Person für Beschädigung durch in ihrem Dienste thätige Personen? das. IV. 119. VII. 150. XIV. 36. XXV. 119. [auch XXXVII. 22.] insbesondere einer Eisenbahngesellschaft für Beschädigung durch die Bahn oder den Bahnzug? das. VIII. 53. X. 165. XIII. 140. XIV. 208. XV. 26. [Das Reichsgesetz (sog. Haftpflichtgesetz) v. 7. Juni 1871 (vgl. österr. Ges. v. 5. März 1869) läßt, wenn beim Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, den Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden haften, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt [über diesen Begriff oben §. 289. A. 1.] oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten verursacht ist. Der Beschädigte oder sein Erbe braucht nicht nachzuweisen, daß der Unfall durch ein Verschulden des Unternehmers oder seiner Angestellten herbeigeführt sei. Nach demselben Reichsgesetz haftet „wer ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt", auch aus dem Verschulden seiner Angestellten, wenn dieses in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die

Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat, für den Schaden. Vgl. Endemann die Haftpflicht der Eisenb... 1871.] Wäntig über die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach röm. gem., kgl. sächs. und neuerem deutschen Reichsrecht. 1875. [(vrbr. Hellmann in d. krit. Vjschr. XIX. S. 477 fg.) Eger die Reichshaftpflicht. 1876. (2. Aufl. 1879.) Mandry Reichsges. S. 357 fg. (2. Aufl. S. 491 fg.) Stobbe III. S. 395 fg.] Windscheid 4. Aufl. §. 455. [457. A. 5a. Löning d. Haftung des Staates aus rechtsw. Handlungen seiner Beamten. 1879. S. 75 fg. (vrbr. Juraschek in d. Wiener Ztschr. IX. S. 131 fg.) Dernburg II. §. 301. Baron z. Fortbildung des Haftpflichtgesetzes. 1880. Krämel in Böhlau's Mag. I. S. 23 fg. (1881). Genzmer das Reichshaftpflichtgesetz. 1882. Rocholl Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts I. 12. S. 335 fg. Weinrich die Haftpflicht wegen Körperverletzung u. Tödtung eines Menschen nach den im deutschen Reiche geltenden Rechten. 1883. Ueber die Frage: „Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Arbeiter zu haften?“ vgl. die Gutachten von Dreyer, O. Meyer und Leonhard in den Verhh. d. XVII. d. Jur.Tag. I. S. 46 fg. 125 fg. 337 fg.]

[3a Vgl. Eisele der Anspruch des gutgläubigen Besitzers aus rechtswidriger Zerstörung oder Beschädigung der von ihm besessenen Sache, im civ. Arch. LXVII. 2. S. 41 fg. Brinz A. 23.]

4 Puchta §. 388. not. g. Dagegen Windscheid §. 455. A. 23.

5 Fälle der Art in Seuffert's Arch. VIII. 222. XIII. 29. XIV. 235. XVIII. 42.

6 Vgl. P.G.O. Art. 20. §. 1. „... Sollen ... dem, so ... wider recht ... gemartert wäre, seiner schmach, schmerzen, kosten und schaden der gebühr ergetzung zu thun schuldig sein.“ Dagegen L. 7. i. f. D. de his qui effud. 9. 3. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. Gegen die gemeinrechtliche Geltung einer Schmerzengeldklage, [die nicht als eine Straf-, sondern als eine Ersatzklage (utilis actio legis Aquiliae) zu denken ist, jedoch durch eine nach R.St.G.B. §. 231. erkannte Buße, (welche, was jedoch bestritten ist, s. Mandry Reichsges. S. 354 (2. Aufl. S. 488.) Brinz 2. Aufl. §. 338. A. 2. §. 340. A. 31. Privatstrafe und Schadenersatz enthält,) ausgeschlossen wird,] erklärte sich noch Seitz Unters. über die heut. Schmerzengeldklage. 1860.; gegen diesen Stintzing in krit. Vjschr. II. S. 590 fg. Windscheid A. 30..34. [Wächter die Buße (unten §. 339. A. 1.) S. 72 fg. Stobbe Handb. III. S. 416 fg. Pfaff in Drei Gutachten S. 15 fg. und Wiener Zeitschr. VIII. S. 680 fg. Unger das. S. 220 fg. Mandry S. 351 (2. Aufl. S. 485) fg.]; für und gegen: Seuffert's Arch. I. 220. IV. 227. XIII. 81. XV. 181.; über Ansprüche propter deformitatem vgl. das. I. 65., österr. bürg. Gsizb. §. 1326. [Dazu Pfaff in d. Wiener Zeitschr. VIII. S. 647 fg.] — Die Praxis gibt zudem wohl auch den Angehörigen des Verletzten oder Getödteten Anspruch auf lebenslängliche Unterstützung nach dem Maße, wie sie solche von jenem zu erwarten hatten. Sintenis §. 125. A. 21. Seuffert's Arch. XI. 44. XIII. 144.

## §. 325.

### 2) Besondere Fälle.

Besondere Klagen gibt das römische Recht noch 1) wegen böswilliger Schadensstiftung in einem Auflauf, damnum *in turba* datum, intra

annum in duplum, post annum in simplum[a]; 2) wegen des in Feuersnoth oder andern Unglücksfällen absichtlich gestifteten Schadens, intra annum in quadruplum, post annum in simplum[b]; 3) wegen heimlichen Abhauens fremder Bäume oder Stauden, actio *arborum furtim caesarum*, auf das Doppelte[c]; 4) wegen böswilliger Verletzung einer Grabstätte, actio *sepulcri violati*[d], auf eine durch richterliches Ermessen zu bestimmende Summe für den speciell Berechtigten, eventuell als Popularklage auf eine Strafe von 100, und wenn die Verletzung durch Wohnen und Verbauen geschah, von 200 aurei; 5) wegen unberechtigter Bestattung eines Todten, *de mortuo illato*, auf Wiederherstellung und arbiträre Geldstrafe[e]; 6) gegen Pächter öffentlicher Einkünfte wegen der von ihnen oder ihren Dienern und Gehülfen in Beziehung auf ihr Geschäft verübten Beschädigungen, innerhalb eines Jahres, wenn sie nicht freiwillig Ersatz leisten, auf das Doppelte, später auf's Einfache[f]; 7) gegen denjenigen, welcher einen öffentlichen Weg auf das Grundstück eines Andern ausdehnt oder hinüberdrängt, *viae receptae* (oder reiectae?) actio, auf Entschädigung[g].

Nach heutigem Recht findet in allen diesen Fällen nur einfacher Schadenersatz, keine Privatstrafe mehr statt, und sind sie daher civilrechtlich nicht mehr besonders auszuzeichnen, sofern sie ohnehin schon unter die lex Aquilia (§. 324.) fallen.

[Anm. Vgl. überhaupt Windscheid §. 456. und insbes. zu Nr. 4: R.St.G.B. §. 168. 304; zu Nr. 7: ebenda §. 370. Z. 1. Ueber die actio de modo agri Bechmann Kauf I. S. 248 fg. Lenel in d. Zeitschr. f. Rechtsgeschichte XVI. Rom. Abth. S. 190 fg. und ed. perp. S. 153.]

## §. 326.

### 3) Haftung für Beschädigung durch andere Personen.

Wem durch Hinauswerfen oder Ausgießen aus einem an gangbarem Orte belegenen Hause eine Beschädigung zugefügt ist, der kann nicht nur den Thäter selbst mit der Aquilischen Klage[a], sondern auch statt dessen den Bewohner jenes Hauses oder des bestimmten Theiles desselben mit der prätorischen actio de effusis vel deiectis auf Schadenersatz belangen[b].

[a] L. 4. D. vi bon. rapt. 47. 8. [b] L. 1. pr. D. de incendio. 47. 9. §. 323. A. 3. [c] Dig. arborum furtim caesarum. 47. 7. [d] Dig. de sepulcro violato. 47. 12. [e] L. 2. §. 2. D. de religios. 11. 7. [f] L. 1..6. D. de publicanis. 39. 4. [g] L. 3. pr. D. de via publ. 43. 11.

[a] L. 31. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [b] Dig. de his qui effuderint vel deiecerint. 9. 3. §. 1. 2. J. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. vgl. §. 324. A. 5.

Anm. [1] Zu beachten a) solidarische Haftung mehrerer Mitwohner desselben Quartiers, mit Regreßansprüchen unter sich pro rata parte. L. 1. §. 10 .. L. 4. D. h. t. 9. 3. b) Regreß gegen den wirklichen Thäter. L. 5. §. 4. eod. c) Utilis actio bei nicht bewohnten Gebäuden und Schiffen. L. 5. §. 3. L. 6. §. 3. eod. d) Anwendung der Klage wegen Herunterfallens von ausgestellten oder ausgehängten Sachen. L. 1. §. 3. eod. cf. L. 5. §. 12. eod. Vgl. Wyß Haftung für fremde Culpa S. 66 fg.

[2] Nach R. R. geht die Klage wegen beschädigter Sachen auf das Doppelte. L. 1. pr. §. 4. D. h. t. Im Fall der Tödtung eines Freien gibt es eine Popularklage auf eine Strafe von 50 aurei. L. 1. pr. §. 5. eod. Außerdem hat dasselbe noch eine Popularklage auf 10 aurei wegen gefahrdrohenden Ausstellens oder Aushängens von Sachen, actio de posito vel suspenso. L. 5. §. 6 .. 13. D. h. t. §. 1. J. l. c. Alles dieses ist nicht mehr praktisch; an die Stelle der Popularklagen tritt heutzutage obrigkeitliches Einschreiten, das jeder durch Anzeige des Unfugs hervorrufen kann. [Vgl. R.St.G.B. §. 366. Nr. 8.].

[3] Ueber einen andern Fall der Haftung für Beschädigung durch Andere §. 289. Vgl. auch §. 324. A. 8. Das R. R. statuirte noch eine eigene Art der Haftung des Herrn für Beschädigungen, überhaupt für Delicte, die ein Sklave begangen, das ältere R. R. desgleichen auch für Delicte der Hauskinder, indem der Herr, beziehungsweise der Vater, daraus belangt werden, aber durch noxae datio des Delinquenten sich dem Anspruch entziehen konnte. Dig. de noxalibus actionibus. 9. 4. Cod. 3. 41. Inst. 4. 8. Zimmern System der röm. Noxalklagen. 1818. Wyß a. a. O. S. 8 .. 55. vgl. Schlesinger in d. Ztschr. f. Rtsgsch. VIII. S. 202 fg. IX. S. 239 fg. („über die defensio bei Noxalklagen"). [Mandry d. gem. Famil. Güterrecht. II. S. 611 fg. Lenel das ed. perpet. S. 124 fg. Voigt die XII Tafeln II. §. 142 fg.] Im heutigen Recht sind diese weggefallen. Andre Bestimmungen aber stellt die neuere Gesetzgebung auf, z. B. Code Nap. art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes, dont on doit répondre (namentlich: enfants mineurs, domestiques et préposés, élèves et apprentis) . . . à moins que les pères et mères, les instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait, qui donne lieu à cette responsabilité. Vgl. österreich. Gsfzb. §. 1308 bis 1310. 1314. 1315. und neuere Entwürfe betreffend, Unger d. revid. Entw. eines bürgl. G. B. für das Königr. Sachsen. S. 11 fg. Replik S. 19 fg. Arndts ebda. S. 70. (civ. Schr. III. S. 463) fg. Lang Krit. des bayer. Entw. II. S. 40 fg. Emminghaus im prakt. Arch. n. F. VIII. 2. [S. 33 fg. Stobbe Handb. III. §. 201.]

## §. 327.

### 4) Beschädigung durch Thiere.

Wenn ein Thier, ohne Zuthun eines Menschen, durch eine seiner Gattung nicht gewöhnliche Wildheit (contra naturam sui generis) Schaden verursacht hat, so kann der Beschädigte den Eigenthümer mit der actio de pauperie auf Schadenersatz belangen[a], dieser jedoch durch Hingeben des Thiers (noxae datio) von der Ersatzverbindlichkeit sich

[a] Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicitur (dicatur). 4. 9. Dig. 9. 1.

befreien [1]. Eine eigene Klage, actio de *pastu* [b], übrigens mit gleicher Wirkung, kommt vor, wenn ein Thier, ohne positives Verschulden eines Menschen, fremde Früchte abgeweidet hat [2]. Gegen denjenigen, welcher gefährliche Thiere an einem gangbaren Orte hält, gab das ädilitische Edict eine Klage auf doppelten Ersatz wegen durch sie beschädigter Sachen, auf Ersatz und arbiträre Geldstrafe wegen Verwundung, und auf eine Strafe von 200 solidi wegen Tödtung eines Freien [c]. Heutzutage findet auch hier nur einfacher Schadenersatz und nach Umständen Criminalstrafe statt [d].

Anm. 1 [Vgl. §. 326. A. 3. Zimmern Noxalklagen Cap. 5. S. 79 fg. — Ueber das griechische Vorbild s. Hofmann Beitr. S. 29 fg. und die dort Cit.] L. 1. pr. D. h. t. Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII. tabb. descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre. (Vgl. L. 4. eod. Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit). Die Klage ist demnach noxalis actio, wobei die Regel gilt: *noxa caput sequitur*. L. 1. §. 12 . . 16. D. h. t. cf. L. 12. 13. 30. D. de noxal. act. 9. 4. — Vgl. Code Nap. Art. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, . . . . est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé; österreich. Gesetzb. §. 1320., bayer. Entw. II. Art. 948. 949. [Stobbe Handb. III. §. 202. Wächter §. 216. Beil. II. Radloff die Haftung des Eigenthümers für den durch Thiere angerichteten Schaden nach R. R. 1883. Brinz 2. Aufl. II. S. 814.]

2 Eine actio de *pastu*, als noxalis actio ohne Voraussetzung Aquilischer Culpa, wird von Manchen geläugnet. Seuffert §. 430. A. 8. Sintenis §. 127. A. 29. Sie ist allerdings nur indirekt in einer Stelle der Pandekten erwähnt, die erst durch Paul. l. c. ihre nähere Erklärung erhält (not. b.). Aber da sie dort noch als besondere praktische Klage vorausgesetzt wird, muß sie wohl auch als verschieden von der utilis legis Aquiliae actio (L. 6. Cod. 3. 35.) anerkannt werden. [Vgl. Radloff a. a. O. S. 63 fg.]

## §. 328.

### 5) Beschädigung durch andere Sachen. Cautio damni infecti [a].

Wenn wegen der mangelhaften Beschaffenheit eines Grundstücks [1], die nicht lediglich in dessen natürlichem Zustande ihren Grund hat [b], insbesondere wegen der Mangelhaftigkeit von Bauten und andern Anlagen [2], Schaden für ein Grundstück zu befürchten ist, so kann derjenige, welchem jenes Grundstück oder das gefahrdrohende Werk auf demselben

[b] arg. L. 14. §. 3. D. de praescript. verb. 19. 5. cf. Pauli sentt. I. 15. §. 1. L. 6. Cod. de lege Aquil. 3. 35. [c] L. 40. §. 1 . . L. 42. D. de aed. ed. 21. 1. [d] [R.St.G.B. §. 366. Nr. 5.]

[a] Dig. de damno infecto et de suggrundis et proiectionibus (protectionibus). 39. 2. [b] L. 24. §. 2. D. h. t. L. 7. pr. §. 2. L. 24. pr. §. 5 . . 7. 9. 12. eod. L. 27. §. 10. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 18. 29. D. de s. p. u. 8. 2.

gehört[3], falls er nicht dasselbe aufzugeben[3a] vorzieht[c], von dem Bedrohten[4], der aber zuvor den Gefährdeeid zu schwören hat[d], angehalten werden, sich durch ausdrückliches Versprechen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens[e] zu verpflichten, d. i. cautionem damni infecti zu leisten[5].

Weigert er sich dessen, so wird der Berechtigte durch richterliche Verfügung in den Besitz der gefahrdrohenden Sache eingewiesen, zunächst bloß custodiae causa, ohne Verdrängung des Verpflichteten, d. i. *missio in possessionem* ex primo decreto[f], nach angemessener Frist aber, wenn diese ohne Erfolg bleibt, durch eine zweite Verfügung so, daß das Recht des Verpflichteten[6] dem Cautionsberechtigten gänzlich eingeräumt wird, d. i. missio in possessionem ex secundo decreto[g]. Widersetzt sich der Verpflichtete der Besitzeinweisung, so hat der Berechtigte die Wahl, entweder diese durch ein prohibitorisches Interdict zu behaupten oder auch die Caution als geleistet zu betrachten und mit einer actio in factum Ersatz des eingetretenen Schadens zu fordern[h].

Aber auch außerdem wird nach bereits eingetretenem Schaden[7] dem Beschädigten durch Auflegung einer cautio de damno praeterito, beziehungsweise durch Ersatzklage oder nachträgliche Besitzeinweisung geholfen[7a], wenn entweder das Cautionsgesuch nicht aus Nachlässigkeit unterblieben, sondern dessen Versäumung durch gerechte Gründe entschuldigt ist[i], oder der Schaden erst nach bereits angebrachtem Cautionsgesuche oder schon ertheilter Besitzeinweisung eingetreten ist, ehe jenem überhaupt eine Folge gegeben[k] oder in Folge dieser der Besitz wirklich ergriffen worden ist[l]. In andern Fällen hat der Beschädigte nur das Recht, die in seine Gewalt gekommenen beschädigenden Gegenstände zurückzuhalten, wenn ihm nicht Entschädigung gewährt wird[m].

Eine cautio de damno infecto kann übrigens auch in verschiedenen andern Fällen gefordert werden, wo nämlich Jemand kraft einer ihm zustehenden Befugniß auf fremdem Grund und Boden etwas vornehmen will, wovon für diesen ein Schaden zu befürchten steht[n].

Anm. 1 Die Hauptstelle hierüber ist L. 7. pr. D. h. t. Praetor ait: *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari iubebo ei, qui iuraverit, non calum-*

[c] L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. h. t. [d] L. 7. pr. L. 13. §. 3. 12. 13. eod. [e] L. 24. §. 3..5. L. 28. 29. L. 37. 40. pr. eod. cf. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. — L. 26. D. h. t. [f] L. 7. pr. L. 15. §. 11..15. 20. 31. 34. eod. cf. L. 4. §. 1. L. 38. §. 1. eod. [g] L. 4. §. 4..6. L. 15. §. 16. 21..27. eod. (§. 93. A. 4.). [h] L. 4. pr. §. 1. 2. D. ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit. 43. 4. L. 4. §. 2. L. 7. pr. L. 15. §. 36. L. 16. 17. 18. §. 13..15. D. h. t. [i] L. 7. §. 2..L. 9. pr. eod. [k] L. 15. §. 28. eod. [l] L. 15. §. 32. 34. 35. L. 44. pr. eod. [m] L. 7. §. 2. L. 9. §. 1. 2. eod. cf. L. 9. §. 3. eod. L. 5. §. 4. D. ad exhib. 10. 4. [n] L. 5. §. 4. L. 9. §. 1. L. 15. D. ad exhib. 10. 4. L. 19. §. 4. D. locati. 19. 2. §. 192. not. t.

*niae causa id se postulare, eumve, cuius nomine aget, postulaturum fuisse in eam diem, quam causa cognita statuero. Si controversia erit, dominus sit necne, qui cavebit, sub exceptione satisdari iubebo. De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubebo. Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire et, cum iusta causa esse videbitur, etiam possidere iubebo. In eum qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, iudicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset. Eius rei nomine, in cuius possessionem misero, si ab eo, qui in possessione erit, damni infecti nomine (non) satisdabitur, eum cui non satisdabitur simul in possessione esse iubebo.* Cf. L. 7. §. 1. eod. Vgl. überhaupt Hesse die cautio damni inf. 1838. 2. Aufl. 1841. Groh über die Caution wegen zukünftigen Schadens. 1854. Hesse die Rechtsvh. zwischen Grundstücksnachbarn. 1859. I. S. 1 .. 183. [2. Aufl. 1880. S. 3 .. 154]. Vangerow §. 678.; über das Geschichtliche Huschke Gaius. 1855. Zugabe S. 203 fg. [und Voigt die XII Tafeln II. S. 613 fg.] Burckhard die cautio damni infecti, in d. Fortsetzung von Glück zu Buch 39. Th. 2. 1875. (vrbr. Bernhöft in d. Jen. Ltztg. 1876. Nr. 6.). Windscheid 4. Aufl. §. 458 .. 460. [Brinz 2. Aufl. §. 172.]

2 Manche beschränken die cautio damni infecti nur auf Häuser und sonstige Vorrichtungen. Puchta §. 394. a. A. Aber vgl. L. 24. §. 12. D. h. t. „stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis damnum fit". L. 24. §. 9. eod. „si quid arborum locive vitio acciderit". L. 18. D. rat. rem hab. 46. 8. „in stipulatione damni infecti . . . cavet . . . *si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur.*" Cf. L. 24. §. 2. h. t. „Vitium autem aedium et loci . . quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit". Weiske quaest. iur. civ. 1831. nro. 1.; vgl. auch Schäffer im prakt. Arch. II. 12. [Unter „Werk" ist nicht nur die fertige Anlage, sondern auch die dazu führende Arbeit auf eigenem oder fremdem Grunde (z. B. Wegereparatur) zu verstehen; vgl. Brinz 2. Aufl. I. S. 671. mit Burckhard S. 136 fg.; (daselbst auch über das vitium loci). Ob die Baufälligkeit des Gebäudes „ihre Ursache in schlechter Bauart, schlechtem Material oder im Alter des Gebäudes hat, ist gleichgültig, es genügt, daß dieser Zustand vorhanden ist und geändert werden sollte und könnte." Burckhard S. 138.]

3 Der Eigenthümer, L. 10. D. h. t.; Besitzer in gutem Glauben, L. 13. pr. eod.; Superficiar und Emphyteuta, L. 9. §. 4. L. 15. §. 26. eod.; Nutznießer, L. 9. §. 5. eod.; Pfandgläubiger, L. 11. 15. §. 25. eod. cf. L. 19. pr. eod. (§. 126. A. 1.). Verschiedene Berechtigte neben einander, L. 9. §. 4. 5. L. 22. pr. eod.; Miteigenthümer pro rata parte, L. 27. in f. L. 40. §. 3. eod. — Unternehmer von Anlagen auf öffentlichen Grundstücken: L. 15. §. 2. 3. L. 19. §. 1. L. 24. pr. eod.

[3a Darin, daß der Eigenthümer vor die Alternative gestellt wird: aut cavere aut (aedibus) carere, liegt eine, auch in den Quellen selbst (L. 7. pr. D. h. t. L. 5. D. ne quid in loco publ. 43. 5.) hervorgehobene Aehnlichkeit mit den Noxalklagen. Vgl. Pernice Labeo I. S. 117. Burckhard S. 1 fg. Windscheid §. 458. A. 5. Brinz I. S. 674.]

4 L. 18. pr. D. h. t. Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam, cuius periculo res est; daher nicht bloß dem Eigenthümer und andern dinglich Berechtigten, auch mehreren neben einander, L. 5. §. 2. L. 11. 13. §. 8. L. 39. §. 2. eod.; cf. L. 27. eod., sondern auch bloß obligatorisch

berechtigten Inhabern, L. 13. §. 5. L. 21. 38. pr. eod. cf. L. 13. §. 4. eod.; ob auch dem bonae fidei possessor? L. 11. 13. §. 9. D. h. t. Ihering Abh. S. 104 fg. 111. Groh S. 18 fg. [Brinz S. 672., der aber gleichwohl diese Caution in der Lehre vom Eigenthum unter den „Schutzklagen" abhandelt.] Windscheid §. 459. A. 3. Dagegen Vangerow a. a. O. [Nr. II.] Jedoch: L. 13. §. 3. D. h. t. Quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem et non inquiretur, utrum intersit eius, an non, vicinas aedes habeat, an non habeat; totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non? — Uebrigens wird vorausgesetzt, daß der Bedrohte nicht ohnehin durch eine Klage gegen den Schaden gedeckt sei; L. 13. §. 6. L. 18. §. 2. 4. L. 20. 32. . 34. D. h. t.; daher können nicht Miteigenthümer gegen einander Caution fordern: L. 32. cit.; jedoch streitig, ob nicht eine Ausnahme bezüglich gemeinschaftlicher Mauern stattfinde? L. 39. pr. L. 43. §. 1. eod. cf. L. 28. 35..37. eod. L. 13. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. Vangerow §. 678. Nr. XI. Ueber Stellvertretung vgl. L. 7. pr. L. 13. §. 13. L. 39. §. 3. D. h. t.

5 Verbalcaution (nuda repromissio) von Seiten des Eigenthümers und b. f. possessor, sowie desjenigen, welcher als Inhaber einer Grunddienstbarkeit eine Anlage gemacht hat, L. 18. pr. §. 1. L. 30. §. 1. D. h. t.; Satisdatio von Seiten Anderer, L. 9. §. 4. 5. L. 10. 11. eod. cf. L. 7. pr. eod. vgl. Seuffert's Arch. IV. 11. VII. 185. — Beschränkung auf eine angemessene Zeitfrist: L. 4. pr. L. 7. pr. L. 13. §. 15. L. 14. eod. cf. L. 15. pr. §. 1. eod.

6 Also, gemäß A. 3., Eigenthum (nach älterem Recht freilich nur bonitarisches), L. 15. §. 17. 33. D. h. t. L. 5. 7. §. 9. D. communi div. 10. 3. L. 1. pr. D. de fundo dot. 23. 5.; nach Umständen nur Usucapionsbesitz, L. 5. pr. L. 12. 15. §. 16. 27. D. h. t. L. 3. §. 23. D. de poss. 41. 2. (welche Stellen nach älterem Recht freilich wohl auf die Verwandlung des bonitarischen in quiritisches Eigenthum sich bezogen); Emphyteuse oder Superficies, Ausübung des Nießbrauches, Besitz der Pfandsache mit Ausschließung des Pfandgläubigers, während diese dinglichen Rechte, wenn zugleich gegen deren Inhaber und gegen den Eigenthümer die Besitzeinweisung erwirkt ist, ganz beseitigt werden. L. 9. §. 4. 5. L. 12. 15. §. 24..27. D. h. t. — Mehrere gleichzeitig Immittirte werden Miteigenthümer zu gleichen Theilen. L. 5. §. 1. L. 15. §. 17. 18. L. 40. §. 4. eod. — Nach heutiger Uebung läßt man wohl, anstatt die Besitzeinweisung zu verfügen, die Baufälligkeit „von Amtswegen wenden und die nöthigen Kosten von dem Inhaber des baufälligen Hauses executive einbringen, oder, sofern er nicht im Stande ist, das Haus quanti plurimi verkaufen und die nöthige Reparation durch den Käufer verfügen". Bayer. Landr. IV. 16. §. 10. 3tio.

7 L. 9. pr. D. h. t. Hoc amplius Julianus (ait) posse dici, compellendum eum, ut etiam de praeterito damno caveret; quod enim re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur . . . Denique, . . . si quis propter angustias temporis aut quia reipublicae causa aberat, non potuerit damni infecti stipulari, non inique praetorem curaturum, ut dominus vitiosarum aedium aut damnum sarciat aut aedibus careat: sententiam Juliani utilitas comprobat. Windscheid §. 458. Nr. 1. vgl. §. 460. — Unbedingt huldigt dieser utilitas die neuere Gesetzgebung z. B. Code Nap. art. 1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. Bayer. Entw. II. Art. 950. vgl. §. 327. A. 1. a. E.

[7a Die Klage geht nicht schlechthin auf Entschädigung, sondern auf diese oder Ueberlassung des Hauses; denn mehr kann der Kläger doch nicht verlangen, als er re integra hätte verlangen können; nur dann kann Schadenersatz schlechthin verlangt werden, wenn der Beklagte weder caviren noch die missio dulden will. Brinz S. 675. — Die heutige Vernachlässigung der Cautionen und Immissionen, die direkte Gewährung eines Schadenersatzanspruchs ist Folge einer veränderten Rechtsanschauung; die lex Rubria ist daran unschuldig. A. M. Brinz S. 684 fg. Vgl. noch Westrum in Bödiker's Mag. IV. S. 23 fg.]

## C. Widerrechtliche Störung thatsächlicher Zustände.

### §. 329.

#### 1) Interdictum quod vi aut clam[1].

Hat Jemand gewaltthätig oder heimlich, vi aut clam[a], zum Nachtheil eines Andern[1a] mit einem Grundstück eine Aenderung vorgenommen[1b], opus in solo factum[b], so hat dieser das interdictum quod vi aut clam gegen jenen auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und vollen Schadensersatz[c]; gegen den Erben, soweit ihm etwas zugekommen ist[d]; gegen andere Besitzer bloß auf Gestattung der Wiederherstellung durch den Kläger[e]. Als gewaltthätig aber gilt jede Aenderung, welche wissentlich gegen den durch Wort oder That[2] erklärten Einspruch (prohibitio) desjenigen, welcher dadurch in seinem rechtlichen Interesse verletzt zu werden behauptet, oder eines Stellvertreters desselben unternommen ist[f]; als heimlich diejenige, deren Vornahme vor solchen, von denen Einspruch zu befürchten war, verhehlt worden ist[g]. Die Berufung auf das Recht zur Aenderung[3] schützt den Beklagten nicht[h]. Eine Einrede aber begründet es, 1) wenn der Beklagte sich auf das Verbot bereit erklärt hat[i], unter Cautionsleistung den Proceß über sein Recht zu übernehmen[4], 2) wenn er durch Richterspruch[k] oder eine sonstige obrigkeitliche Anordnung[l] zu dem Werke ermächtigt worden, 3) wenn die Aenderung nur in Beseitigung des vom Kläger gewaltthätig oder heimlich Geschehenen bestand[m5], 4) wenn der Einspruch ausdrücklich oder stillschweigend zurückgenommen ist[n], und 5) wenn seit der letzten Thätigkeit am Werke ein Jahr[6] abgelaufen ist[o].

Anm. 1 Vgl. G. Hasse im Rh. Mus. IV. 1. Francke im civ. Arch. XXII. 14. Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. I. 7. Schäffer im prakt. Arch. L. 1.

a Dig. quod vi aut clam. 43. 24. b L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 8..10. L. 8..11. §. 3. L. 20. §. 4. 5. D. h. t. c L. 1. §. 1. L. 15. §. 7..12. eod. d L. 15. §. 3. eod. (§. 104. N. 2). e L. 7. pr. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. 15. pr...§. 2. eod. L. 16. §. 2. eod. f L. 1. §. 5..11. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 20. pr. §. 1. eod. g L. 3. §. 7. 8. L. 4. 5. pr. §. 1..6. eod. h L. 1. §. 2. eod. i L. 3. §. 5. eod. k L. 7. §. 2. eod. l L. 7. §. 4. eod. m L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. eod. n L. 1. §. 9. L. 3. §. 2. 3. L. 20. §. 2. eod. o L. 15. §. 3..6. eod.

II. 2. Fr. Zimmermann im civ. Arch. XXXVII. 9. S. 230 fg. XLI. 7. LII. 20. Hesse Rtsvh. zwischen Grundstücksnachbarn I. S. 256 fg. II. S. 62 fg. [2. Aufl. S. 423 .. 449.] Stölzel d. L. v. d. op. novi nunt. und dem interd. quod vi aut clam. 1865. (dazu [Ad. Schmidt in krit. Vjschr. VII. S. 289 fg.]. Baron ebda. S. 483 fg. und Warnkönig in Schletter's Jahrb. XI. S. 193 fg.). Karlowa z. L. v. d. op. novi nunt. und dem int. q. v. a. cl. in dessen Beitr. z. Gesch. des R. Civilprozesses (1865) S. 59. . . 100. Duhn über die exceptio quod vi aut clam, im civ. Arch. XLVIII. 3. Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen .. oder das int. quod vi aut clam u. d. op. novi nunt. 1866. (Schletter's Jahrb. XIII. S. 95 fg.) Stölzel in d. dogmat. Jahrb. VIII. S. 135 fg. Windscheid §. 465. Vangerow §. 677., und neuerdings wieder Schmidt in d. Ztschr. für Rechtsgesch. VIII. S. 25 fg. [Brinz 2. Aufl. I. §. 174. II. §. 343. Wächter II. §. 146. S. 196 fg. Wendt in d. dogm. Jahrb. XXI. S. 136 fg.]

[1a Brinz I. S. 692 fg. hebt hervor, „daß hier nicht nur Schaden drohende, sondern auch unmittelbar schädliche Werke gemeint sind; also nicht nur Werke, die man bloß gefahrshalber verbieten kann und gegen Caution dulden muß, sondern auch Werke, die man um ihrer unbedingten Schädlichkeit willen schlechthin verbieten kann;" ferner nicht nur solche, welche Sachen beschädigen, sondern auch solche, wodurch Rechte (Eigenthum, Servituten . . .) beeinträchtigt werden. Das Verbot kann also geschehen gefahrshalber, schadenshalber, rechtshalber (S. 695.). Diese Unterscheidung verwerthet Brinz sowohl bei der Frage, gegen welche Werke, als bei der, wem das Verbotsrecht zustehe und was sein Zweck sei.]

[1b Vgl. Brinz a. a. O. in und bei A. 4 .. 7.]

2 L. 20. pr. D. h. t. Vi facit tam is, qui prohibitus fecit, quam is, qui quominus prohibeatur consecutus est, periculum puta adversario denunciando, aut ianua puta praeclusa. §. 1. Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est, vel dicentis se prohibere vel manum opponentis lapillumve iactantis prohibendi gratia. Cf. L. 6. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 1. „vel per praetorem vel per manum, id est, lapilli ictum (*iactum?*) prohibere." Schmidt in Linde's Ztschr. a. a. O. S. 359 fg. Stölzel S. 345 fg. Vangerow S. 543. [Voigt die XII Tafeln I. S. 191. A. 17. II. §. 148. A. 15. und II. S. 630 fg.] Windscheid a. a. O. A. 18. a. E. hält die Worte „id est, lapilli ictum" in L. 5. §. 10. cit. für ein Glossem und bezieht diese Stelle nur auf das int. uti poss. („per praetorem") und die Selbstvertheidigung („per manum").

3 Für den Fall, daß man in suo aliquid fecit [Wendt a. a. O. S. 120 fg.]. ist anderer Meinung Francke a. a. O., gestützt auf L. 5. §. 10. D. cit.; dagegen L. 6. §. 1. cit. Schmidt in Linde's Ztschr. S. 353 fg. Gegen diesen freilich ist wiederum im Wesentlichen die Ansicht Francke's ausführlich vertheidigt von Stölzel in seiner Abh. S. 379 fg. 404 fg., insbesondere S. 415 fg. 478 fg. Windscheid §. 465. A. 6 fg. A. 18., wo auch die theils zustimmenden, theils abweichenden Ansichten Anderer besprochen sind. Darnach kann der mit dem int. q. v. a. cl. Belangte überhaupt vom Gegner vor allem den Nachweis eines Rechtsverhältnisses verlangen, nach welchem die Bestreitung des Werkes an sich als rechtlich begründet erscheint, und nur die Berufung auf ein Gegenrecht dagegen wird dem Beklagten nicht gestattet. Zum Beleg dafür werden vorzüglich L. 7. §. 2. D. h. t. L. 21. D. de aq. pluv. 39. 3. von Windscheid auch L. 3. §. 8. D. de riv. 43. 21. benutzt. Aber vgl. dagegen Vangerow

7. Aufl. III. S. 546 fg. und insbesondere Schmidt in der Ztschr. für Rtsgesch. a. a. O. [Brinz S. 697 fg. Geschieht das Verbot rechtshalber (iuris conservandi gratia), so genügt der Besitzstand der Eigenthumsfreiheit oder Servitut, geschieht es gefahrs- oder schadenhalber, so genügt der „Legitimationsbeweis". S. 699: „Gegen dieses Recht aus der Gewalt gibt es keine Exception aus etwaigem Rechte des Beklagten"; die Mißachtung jenes Besitzstandes trotz Verbot war eben schon Gewalt.] Gegen unbefugtes Verbot kann sich der Besitzer durch Besitzklagen schützen (§. 171. 172. 192.); auch kann eine Injurienklage statthaben (§. 339.). — Uebrigens wird das Interdict von Einigen für unpraktisch erklärt. Schmidt in Linde's Ztschr. S. 382 fg. Sintenis §. 124. A. 58. Hesse Einspruchsrecht S. 87 fg. Vgl. dagegen Zimmermann im civ. Arch. XXXVII. S. 237 fg. XLI. S. 189 fg. Hallwachs im prakt. Arch. VI. 10. (über Zulässigkeit des Interdicts bei Beschädigungen von Wäldern und Fruchtbäumen). Stölzel a. a. O. S. 556 fg. und jetzt selbst Schmidt in d. Ztschr. f. Rtsgesch. VIII. S. 49. Seuffert's Arch. V. 25. 258. VII. 45. VIII. 51. IX. 292. XII. 160. XV. 28. XVII. 245. gegen XVI. 223. Prakt. Arch. II. S. 479. III. S. 142. IV. S. 336. n. F. I. S. 221. 310 fg. VI. S. 299 fg. Vgl. auch den Hessischen Entw. IV. 2., Art. 673. „Wer durch eine gewaltsamer oder heimlicher Weise vorgenommene Veränderung an einer unbeweglichen Sache einem Andern einen Nachtheil zugefügt hat, ist zur Wiederherstellung .. und zum Ersatze .. verpflichtet. — Die Veränderung gilt als eine gewaltsame, wenn sie ohngeachtet des von dem Beschädigten dagegen erhobenen Einspruchs auf fremdem Gute, oder ohngeachtet des von einem Dritten rechtmäßig dagegen erhobenen Einspruchs auf eigenem Gute vorgenommen worden ist;" u. s. w. Dazu die Motive S. 260 fg.

[4] Dagegen erklärt sich jetzt Schmidt in d. Ztschr. f. R. Gesch. VIII. S. 48 fg. — vgl. Schletter's Jahrb. XIV. S. 2 fg.

[5] [Ueber L. 22. §. 2. h. t. (Note m) vgl. Ihering in d. dogm. Jahrb. XV. S. 407 fg., der die Stelle auf eine Handlung des Vermiethers gegen den Miether bezieht.]

[6] Eine Bezugnahme darauf war gewiß schon in der in L. 1. pr. D. h. t. referirten Hauptstelle des Edicts enthalten. Es heißt daselbst: Praetor ait: quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiundi potestas est, restituas. Aber darin ist jedenfalls ein Fehler. Stölzel a. a. O. S. 355 fg. u. in d. Ztschr. f. Rtsgesch. V. S. 475 fg. hält id für verderbt aus ia, d. i. intra annum; Ad. Schmidt dagegen (Interd. Vf. S. 102 fg. und in krit. Vjschr. VII. S. 289 fg. Note*) glaubt, es sei nach id ausgefallen: si non plus quam annus est. Vgl. Vangerow S. 545. Mommsen Dig. II. p. 602. not. 6.

## §. 330.

### 2) Operis novi nuntiatio [a].

Wenn mit einem Grundstück eine Veränderung durch ein Bauwerk oder an einem solchen unternommen wird, opus novum in solo factum oder solo coniunctum [b], wovon für dasselbe oder ein anderes Grund-

[a] Dig. de operis novi nuntiatione. 39. 1. [b] L. 1. §. 11 .. 14. D. h. t.

stück, unmittelbar oder durch Verletzung demselben zustehender Rechte, Schaden zu befürchten ist[c], so kann durch operis novi nuntiatio[1], d. i. durch eine gegen das Werk gerichtete[2] ausdrückliche Verwehrung[d], bewirkt werden, daß dieses einstweilen unterbleiben muß[e]. Widrigenfalls kann durch das interdictum de opere restituendo (oder sog. interd. *demolitorium*), ohne Frage nach dem Rechte zur Vornahme des Werkes[f], Herstellung des zur Zeit der Nuntiatio bestehenden Zustandes erlangt werden[3], gegen den schuldvoll Zuwiderhandelnden selbst auf dessen Kosten, gegen dessen Erben, soweit diesen etwas zugekommen ist, gegen andere Besitzer auf Kosten des Klägers[g].

Das Recht solcher Verwehrung hat der Eigenthümer[3a] des gefährdeten Grundstücks[h], nicht auch Miteigenthümer gegen einander[i]; sodann der Superficiar[k] und Emphyteuta[4], der Pfandgläubiger[l]; der Nutznießer nur procuratorio nomine, also nicht gegen den Eigenthümer[m]; sie kann auch sonst für den Berechtigten durch einen Stellvertreter geschehen[n]. Der Nuntiant muß aber alsbald sein Recht zur Verhinderung klagend geltend machen[o], dabei auf Verlangen den Gefährdeeid schwören[p], und, wenn er als Stellvertreter handelt, cautio pro rato leisten[q]; andernfalls wird die Nuntiatio durch den Richter aufgehoben (remittirt)[r]; und natürlich wird diese auch dadurch beseitigt, daß das Verhinderungsrecht dem Nuntianten rechtskräftig abgesprochen wird[5]. Verzieht sich der Streit über drei Monate, so wird dem Nuntiaten die Fortsetzung des Werkes gestattet, falls er unter bürgschaftlicher Sicherheitsleistung verspricht, daß er im Fall des Unterliegens den früheren Zustand auf seine Kosten wiederherstellen werde[s] (sog. cautio de *demoliendo*)[6]; er wird alsdann durch ein prohibitorisches Interdict „ne vis fiat aedificanti"[7] gegen fernere Störung des Werkes geschützt[t]. Uebrigens verliert die Nuntiatio ihre Wirkung auch durch den Tod des Nuntianten oder Veräußerung des Grundstücks, wofür sie geschehen[u], sodann durch Uebereinkunft[v]; sie ist von Anfang an wirkungslos in Fällen, wo die Verzögerung des Werkes gefährlich und dem gemeinen Wohl zuwider ist[w].

[c] L. 1. §. 16..20. L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 6. 8. 9. L. 8. pr. L. 9. eod. cf. L. 14. eod. L. un. §. 3..5. D. de remission. 43. 25. [d] L. 1. §. 2..5. L. 5. §. 2..5. L. 10. 11. D. h. t. [e] L. 1. pr. §. 7. eod. [f] L. 20. §. 3. 4. eod. [g] L. 20. pr. §. 1..8. L. 22. 23. eod. cf. L. 8. §. 7. eod. L. 3. §. 3. D. de alienat. iud. mut. c. 4. 7. (vgl. §. 104. A. 2.). [h] L. 1. §. 19. D. h. t. L. un. §. 3. D. de remission. 43. 25. [i] L. 3. §. 1. 2. D. h. t. [k] L. 3. §. 3. eod. [l] L. 9. eod. cf. L. un. cit. §. 5. [m] L. un. cit. §. 4. L. 1. §. 20. L. 2. D. h. t. [n] L. 1. §. 3. L. 5. §. 18. L. 7. §. 1. eod. [o] L. 14. Cod. de aedif. priv. 8. 10. (L. un. Cod. de novi operis nuntiatione. 8. 11.) cf. L. 1. §. 9. D. h. t. [p] L. 5. §. 14. eod. [q] L. 5. §. 18. 20. L. 13. pr. eod. [r] L. un. Dig. de remissionibus. 43. 25. [s] L. 14. (un.) Cod. 8. 10 (11). cf. L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 13. §. 1. L. 20. §. 1. 4. L. 21. D. h. t. — cap. 3. 4. X. de op. n. n. 5. 32. [t] L. 20. §. 9..16. eod. [u] L. 8. §. 6. eod. [v] L. 1. §. 10. eod. [w] L. 5. §. 11..13. D. h. t.

Anm. [1] Vgl. überhaupt G. Hasse im Rh. Mus. III. S. 579..630. Heimbach im Rtsler. VII. S. 580 fg. Schmidt (von Ilmenau) in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 2., dazu Rudorff in Bekker's Jahrb. IV. 3. und wiederum Schmidt das. IV. 7., dann Zimmermann im civ. Arch. XXXVII. 9. S. 218 fg. Vgl. ferner die Lit. in §. 329. A. 1. außerdem [Hesse Rechtsv. zw. Grundstücksnachb. II. S. 79 fg. 2. Aufl. S. 352..422.] Windscheid §. 466. Vangerow §. 676. 7. Aufl. S. 528 fg. Burckhard die operis novi nuntiatio, in der Fortsetzung von Glück zu B. 39. Th. 1. 1871. (vrbr. Brinz kr. Vjschr. XVII. S. 244 fg.) Heinzerling im civ. Arch. LIII. 7. [Brinz 2. Aufl. I. §. 175. II. §. 343. Wächter II. §. 146. S. 192 fg. Wendt dogm. Jahrb. XXI. S. 127 fg.]

[2] L. 10. D. h. t. Op. n. nuntiatio in rem fit, non in personam: L. 5. §. 2. 3. ibid. „in re praesenti ... non utique domino ... sic ut domino possit renuntiari". [Ueber den Nuntiationsact überhaupt: Burckhard S. 31..52.] — Genaue Bezeichnung des Gegenstandes der Verwehrung: L. 5. §. 15. 16. L. 8. §. 1. 5. D. h. t. — Die Nuntiatio eine außergerichtliche Handlung, sog. privata o. n. n.: L. 1. §. 2. eod.; [Auch noch in der Gegenwart? Dafür Burckhard Nr. 32. 33. Windscheid §. 466. A. 20. Dagegen viele bei Burckhard Cit. und neuerdings Brinz: „nach unserer Praxis ein durch das Gericht zu vermittelndes Verbot". Vgl. unten A. 8.]; dagegen publica o. n. n.? L. 16. eod., per praetorem? L. 3. §. 1. L. 5. §. 10. eod. vgl. A. 5. [Burckhard S. 49 fg.]; praetori? L. 5. §. 7. eod. vgl. Vangerow S. 532. [Burckhard S. 31 fg.] — Sog. *verbalis* im Gegensatz von sog. *realis* o. n. n.? Heimbach S. 606. [Burckhard S. 6 fg., 41 fg., 532 fg.]

[3] L. 20. pr. D. h. t. Praetor ait: ***quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.*** — Ob auch nicht einmal der Kläger seine Berechtigung zur Nuntiatio zu beweisen habe? Windscheid A. 13., dagegen Vangerow S. 536. [Burckhard Nr. 40.]

[[3a] Die herrschende Lehre nimmt an, die oper. n. n. sei ursprünglich nicht sowohl zum Schutze des Eigenthums, sondern zum Schutze der Servituten bestimmt gewesen. Man schützte damit zuerst seine Prohibitivservitut, erst später auch die Freiheit des Eigenthums von Servituten, also parallel der a. confessoria und negator. Lediglich auf Grund des Eigenthums gab es keine op. n. n. „Rei vindicatio ist kein Grund für op. n. n." „Von Seite des nicht besitzenden Eigenthümers gegen den Besitzer ist op. n. n. nicht möglich." Brinz a. a. O. XVII. S. 261. und überhaupt S. 258 fg. gegen Burckhard Nr. 18. und ferner Brinz Pand. 2. Aufl. I. S. 702 fg.]

[4] Dagegen Heimbach S. 582 fg. 588., weil nur für ein gefährdetes Gebäude die Nuntiatio stattfinde. Wenn dies auch richtig wäre, so läge darin doch kein Gegengrund; vgl. §. 196. A. 2.; es ist aber zudem unrichtig; nur das etwa läßt sich mit Grund behaupten, daß die Nuntiatio nicht dazu diene, die Beeinträchtigung von servitutes praed. rust. abzuwehren. L. 14. D. h. t. Vangerow a. a. O. I. 2. a. Hesse in d. dogmat. Jahrb. VIII. S. 77 fg. Windscheid §. 466. A. 4. 5.

[5] [Ueber Voraussetzungen und Wirkungen der Remission überhaupt Burckhard §. 1673. 1673 a., s. auch Nr. 42. 43.; über die Caution: §. 1673 b. 1673 c. Vgl. Brinz S. 704 fg.] L. un. pr. D. de remission. 43. 25. Ait praetor: ***Quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat: ceterum nuntiationem missam facio.*** Wohl mit Recht nimmt Schmidt a. a. O. VIII. S. 43 fg. und mit ihm Rudorff S. 140. an, dies sei die Formel gewesen, in welcher der Prätor die

Remission aussprach, mit Vorbehalt der Entscheidung über das ius prohibendi des Nuntianten. Aber nicht anzunehmen ist, daß der Nuntiant, wenn etwa der Nuntiat keine Caution leistete, die Klage willkürlich verzögern konnte, ohne deßhalb Remission fürchten zu dürfen; gewiß wurde vielmehr nur, wenn der Nuntiant, dem Nuntiaten vor dem Prätor folgend (L. 1. §. 9. h. t.), sein Recht geltend zu machen bereit war, die Gestattung einstweiliger Fortsetzung des Werkes von der Satisdatio des letzten abhängig gemacht (vgl. Hasse S. 615 fg.). Nach Justinian's L. 14. (un.) Cod. 8. 10 (11). mußte jedenfalls der Streit über das Recht sofort nach der Nuntiatio eingeleitet werden, da er wo möglich binnen 3 Monaten beendigt werden soll. Zwar will Schmidt in Bekker's Jahrb. IV. S. 222 fg. der L. 14. (un.) cit. eine andere Deutung geben, indem er sie auf den Fall bezieht, wenn der Nuntiat, anstatt Caution zu leisten, die Klage auf Anerkennung seines ius aedificandi angestellt hat; aber diese Deutung entspricht der Fassung und dem Inhalt des Gesetzes keineswegs. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Vangerow S. 539. Windscheid A. 9. 15. [Brinz S. 706.] — In Verbindung mit dem vorbemerkten Erfolge der Nuntiatio steht der Satz: In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus: L. 1. §. 6. D. h. t. vgl. Basilic. LVIII. 10. §. 6. (edit. Heimb. vol. V. pag. 205): Ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐνάγων. cf. L. 7. §. 2. D. quod vi. 43. 24. Daher, weil das nach erlangter Remission (oder was ihr gleichstand) Geschehene nicht mehr als vi factum erscheint, ist die Nuntiation nicht immer räthlich: L. 5. §. 10. D. h. t. Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere vel proiicere velit, melius esse, eum per praetorem (d. i. interdicto uti possidetis, §. 171. A. 2. §. 192. A. 4.) vel per manum, id est lapilli ictum (*Vulg. iactum*) (§. 329. A. 2.), prohibere, quam operis novi nuntiatione. Ceterum o. n. nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc o. n. denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit, interdicto adversus eum *quod vi aut clam aut uti possidetis* uti. Hasse im Rhein. Mus. IV. S. 42 fg. Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. I. S. 371 fg. Vangerow S. 540 fg. Windscheid A. 9. [Burckhard Nr. 33. S. 178 fg. Brinz S. 702.]

6 Die dreimonatliche Fristbestimmung rührt von Justinian her: L. 14. (un.). Cod. 8. 10 (11). anerkannt in cap. 4. X. h. t. 5. 32. Verschiedene Erklärungen darüber: Hasse im Rh. M. III. S. 617 fg. Heimbach S. 598. Vangerow S. 539 fg. Schmidt in Bekker's Jahrb. IV. S. 222. Windscheid A. 15. — Beschränkung der Caution auf eine gewisse Zeit: L. 13. §. 1. D. h. t. — Erbieten zur Cautionsleistung gilt dieser gleich, wenn sie nicht angenommen wird. L. 20. §. 5. D. h. t. — Ueber die Fassung der stipulatio ex o. n. nuntiatione vgl. Rudorff a. a. O. S. 143 fg. Schmidt das. S. 215 fg. Ubbelohde in Linde's Ztschr. n. F. XVIII. 5. u. in d. Lehre v. d. untheilb. Obl. S. 99 fg. — Ist die Nuntiatio damni depellendi, nicht iuris conservandi causa geschehen (not. c.), so ist cautio damni infecti zu leisten. L. 1. §. 16. 17. D. h. t. [Vgl. über den dreifachen Zweck der römischen Nuntiation (damni depell., iuris conserv., publ. iur. tuendi gratia — s. A. 9.) Burckhard S. 52 fg.]

7 L. 20. §. 9. h. t. Deinde ait praetor: *Quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod eius cautum sit, aut per te stat, quominus satisdetur, quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.*

8 Ueber die heutige Anwendung der römischen Grundsätze über Nuntiatio, bestritten von Sintenis §. 124. A. 59. Stölzel S. 353 fg. 525 fg. 550., vgl. Seuffert's Arch. III. 58. 174. V. 28. VII. 44. 45. IX. 161. XIV. 189. XV. 226. XVIII. 139. XIX. 234. Schäffer im prakt. Arch. I. Heft 1. S. 20 fg. Windscheid A. 20. [Burckhard S. 573 fg.] Ueblich ist es wohl, aber nicht ausschließliches Gewohnheitsrecht, ein richterliches Verbot (Inhibitorium) gegen das begonnene Werk nachzusuchen, dessen Insinuation dann die Wirkungen der Nuntiation nach sich zieht. [Vgl. A. 2.] Seuffert §. 420. vgl. Zimmermann a. a. O. S. 220 fg. Für Deutschland bezeugt unter andern schon Carpzow [Resp. iur. elector. Lips. 1670. T. I. resp. 6. nr. 6.] im 17. Jahrh. „Ut plurimum per praetorem sive iudicis iussu et auctoritate novum hodie opus nuntiari, probat observantia", wie für Frankreich Cuiacius [ad Afric. tract. IX. ad leg. 15. h. t. ed. Neap. tom. I. col. 1517.] im 16. Jahrh.: „hodie moribus Galliae ... nuntiatio novi operis fit sine speciali iussu iudicis." Vgl. Stölzel S. 538 fg.

9 Nach R. R. konnte auch publici iuris tuendi gratia jeder Bürger opus novum nuntiare, und dadurch den Bauunternehmer, der von dem Werke nicht ablassen wollte, zu einer repromissio (sog. Verbalcaution) de opere restituendo anhalten. L. 1. §. 14. 16..18. L. 3. §. 4. L. 20. §. 13. D. h. t. Dies ist heutzutage unpraktisch. Stölzel S. 554 fg. vgl. 332. A. 2.

## §. 331.

### 3) Aquae pluviae arcendae actio[a].*

[Sie ist für den Fall gegeben, daß] von einer zur Veränderung des Wasserlaufs[b] auf einem Privatgrundstück[c] gemachten Vorrichtung (*opus manu factum*[d]) Schaden durch Regenwasser, allein oder in Verbindung mit Quellwasser[e], für ein Feldgrundstück[f] zu befürchten[1] ist[g]. [Berechtigt[2] sie anzustellen ist] der Eigenthümer des letzten[h], desgleichen der Emphyteuta[i], utiliter auch der Nutznießer[k], gegen[3] den Eigenthümer oder emphyteutischen Besitzer des ersten Grundstücks[l], utiliter auch gegen den Nutznießer[m], gegen Miteigenthümer pro rata parte[n]. [Gerichtet ist] die aquae pluviae arcendae actio auf Wiederherstellung des frühern Wasserlaufes, je nachdem der Beklagte Urheber jener Vorrichtung ist oder nicht, auf dessen oder auf des Klägers Kosten[o], und kann [der letztere] damit zugleich Ersatz des seit Beginn des Rechtsstreites wirklich eingetretenen Schadens erlangen[p][4]. Der Beklagte ist jedoch gegen die Klage geschützt, wenn vermöge einer Dienstbarkeit[q] oder vermöge ausdrücklicher oder still-

[a] Dig. de aqua et aquae pluviae arcendae. 39. 3. vgl. §. 131. A. unter 8. [b] L. 1. §. 1..9. 15. D. h. t. [c] L. 3. §. 3. L. 18. pr. eod. cf. L. 4. pr. eod. [d] L. 1. §. 1. 8. 14. 15. L. 2. §. 5. 6. L. 11. §. 6. eod. [e] L. 1. pr. §. 15. eod. cf. L. 1. §. 23. L. 3. pr. §. 1. eod. [f] L. 1. §. 17. eod. cf. L. 22. §. 1. L. 25. eod. [g] L. 1. pr. §. 1. 2. L. 14. §. 2. L. 24. §. 2. eod. cf. L. 1. §. 21. L. 2. §. 9. eod. [h] L. 6. §. 4. cf. L. 11. §. 4. eod. [i] L. 23. §. 1. eod. [k] L. 22. pr. cf. L. 3. §. 4. eod. [l] L. 4. pr. §. 2. L. 5. L. 23. §. 1. eod. [cf. L. 18. pr. eod.] [m] L. 22. §. 2. eod. [n] L. 11. §. 2. eod. [o] L. 5. 6. §. 6. 7. L. 7. §. 1. L. 11. §. 2. 3. L. 12. 22. §. 1. eod. [p] L. 6. §. 6. L. 11. §. 3. eod. [q] L. 1. in f. eod.

schweigender Gestattung[r] oder zufolge obrigkeitlicher Anordnung, deren Beweis durch Unvordenklichkeit des gegenwärtigen Zustandes ersetzt wird[s], die fragliche Vorrichtung als eine berechtigte sich darstellt[5]. Dagegen findet die Klage als utilis actio auch dann statt, wenn eine an sich berechtigte Vorrichtung, die Jemand auf eigenem oder fremdem Grundstück hat, in Folge zufälliger Umstände eine schädliche Aenderung des Wasserlaufes befürchten läßt[t6].

Anm. * Vgl. überhaupt Schneider in Linde's Ztschr. V. 22. Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. S. 91..204. (darüber von der Pfordten in den krit. Jahrb. VII. S. 581 fg.). Elvers über das Recht des Wasserlaufes, in der Themis n. F. I. 18. S. 497 fg. Schäffer im prakt. Arch. II. S. 16 fg. Hesse Rechtsvh. zwischen Grundstücks-Nachbarn I. S. 184 fg. [2. Aufl. S. 155..283.] und in d. dogmat. Jahrb. VII. 5. Bekker im Jahrb. V. S. 176 fg. Windscheid §. 473. [und jetzt insbes. Brinz 2. Aufl. I. §. 173. und Burckhard Forts. v. Glück, Serie der Bücher 39. und 40. III. Thl. (1881.) Vgl. auch Lessing de act. a. pluv. arc. Berl. 1880. Wächter II. S. 10 fg. Voigt die XII Tafeln II. S. 612 fg.] Seuffert's Arch. I. 68. IV. 96. V. 141. VII. 46. 47. X. 169. 259. XIII. 252. XVI. 116. XVII. 48. XX. 228., insbesondere über die Theilung des Anspruchs unter Miteigenthümern: Ubbelohde untheilb. Obl. S. 196..203. [Burckhard S. 526 fg.]

[1 Ueber die Voraussetzungen der aquae pl. arc. a.: Brinz S. 685 fg. Burckhard S. 131..297., auch S. 39 fg. Insbesondere: Begriff des opus manu factum S. 187 fg. „Das Gewässer, mit dem sich das Regenwasser verbindet, kann stehendes oder fließendes sein, Sümpfe, Teiche, Seen, Quell- und Flußwasser.“ S. 145. Inwieferne die diese actio betreffenden Sätze eine Eigenthumsbeschränkung enthalten, S. 65 fg. — Uebrigens handelt der tit. Dig. 39. 3. nicht nur von diesem Rechtsmittel, sondern schon nach seinem Rubrum von „Zufuhr und Abfuhr des Wassers“, „vom Wassernutzen und Wasserschaden“; aber „das Beschaffen des erforderlichen Wassers machte (in Italien) weniger Beschwerde, als das Wegschaffen des unnöthigen, die Abwehr des nicht gewollten . . . zumal in einem Lande, wo in den Frühjahrs- und Herbstmonaten der Regen mit plötzlichen und gewaltigen Güssen herabstürzt . . . in reißendem Strom die Felder verheert und die Flüsse schwellt.“ Burckhard S. 36..42.]

[2 Brinz S. 689 fg. Burckhard S. 391 fg. Mehrheit von Personen auf activer (oder passiver) Seite: Brinz S. 690. Burckhard S. 492 fg.]

[3 Brinz S. 687 fg. Burckhard S. 406 fg.]

[4 Brinz S. 687. 690 fg.: „Gleich der damni infecti postulatio findet aquae pl. a. a. nur gegen künftigen Schaden, im Gegensatze zu jener dagegen erst, nachdem das Werk zu Stande gekommen ist, statt, geht dafür aber nicht bloß auf Caution, sondern auf Restitution ... Damit ist aber nicht gesagt, daß man gerade das im Hinblick auf den Himmel bedrohliche Werk erst müsse fertig werden lassen, um es dann zu zerstören; vielmehr hat man in der prohibitio mit dem interd. quod vi aut clam ein Mittel, um auch es im Keime zu ersticken.“ Gegen die Behauptung von Brinz S. 689., es handle sich bei diesem Rechtsmittel um „ein dem bedrohten Eigenthümer gegen den Eigenthümer zugestandenes Zwangsrecht, kein Forderungsrecht“ vgl. Burckhard S. 566 fg.]

r L. 19. 20. eod. s L. 1. §. 23. L. 2. §. 3. L. 23. pr. §. 2. eod. t L. 2. §. 5..7. D. h. t.

[5 Burckhard S. 174 fg., bes. 298 fg.]

[6 Burckhard S. 571 fg., der indessen einige der Fälle, welche die herrschende Lehre der utilis actio zuweist, in das ursprüngliche Anwendungsgebiet der Klage fallen läßt.]

## §. 332.

### 4) Interdicte zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen.

Unter den Gesichtspunkt widerrechtlicher Störung thatsächlicher Zustände können auch die possessorischen Interdicte gestellt werden (§. 171 bis 173. 192.). Außerdem gehören hierher eine Reihe von Interdicten, welche den Gebrauch öffentlicher Sachen gegen Beeinträchtigung durch Willkür Einzelner zu schützen bezwecken [1]; nach heutigem Recht wird in Fällen dieser Art regelmäßig durch obrigkeitliches Einschreiten von Amtswegen, wenn auch auf Privatanzeige, geholfen [2].

Anm. [1] Die einzelnen Fälle werden durch folgende Titel der Digesten bezeichnet: ne quid in loco sacro fiat. 43. 6.; de locis et itineribus publicis, und ne quid in loco publico vel itinere fiat. 43. 7. und 8.; de via publica et si quid in ea factum esse dicatur. 43. 10.; de via publica et itinere publico reficiendo. 43. 11.; de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur. 43. 12.; ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. 43. 13.; ut in flumine publico navigare liceat. 43. 14.; de ripa munienda. 43. 15. Dazu noch L. 1. §. 15. 16. L. 2. D. de cloacis. 43. 23. (§. 192. A. 3.). Vgl. Puchta §. 35 a. Windscheid §. 467.

[2] Puchta a. a. O., obwohl anerkennend, daß officielles Einschreiten der gewöhnliche Weg sei, wie Verletzungen öffentlicher Sachen beseitigt werden, bemerkt doch: „Das R. R. eröffnet aber noch einen andern Weg, den eines Civilverfahrens durch eine Klage gegen den Verletzer, die entweder jedem Glied des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit (Popularklage), oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben wird. Diesen Klagen, besonders denen der letzteren Art, ist auch heutzutage noch Statt zu geben, wo nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit sie überflüssig macht.“ Dieser Ansicht entsprechend ist noch in neuester Zeit die Anwendbarkeit des Interdictes „ne quid in loco vel itinere publico fiat“ und „ne quid in flumine publico fiat“ in einigen praktischen Fällen anerkannt worden, so zwar, daß es von der durch eine Anlage thatsächlich beschädigten Privatperson, ohne Voraussetzung eines besonders erworbenen Rechts, gegen den Unternehmer, sei er eine Privatperson oder eine Baubehörde, mit Erfolg angestellt werden könne, wenn nicht die Anlage durch die höchste Staatsgewalt ungeachtet jener Benachtheiligung genehmigt sei. Seuffert's Arch. V. 27. 134. IX. 161. X. 167. 168. XIV. 38. XVII. 99. 224. 226. XVIII. 141. Schletter's Jahrb. XII. S. 9 fg. [Nr. 9. 10.]. Ueber die Frage insbesondere, ob das interdictum ne quid in loco publ. auch gegen öffentliche Baubehörden anwendbar sei? Vgl. Zimmermann in Linde's Ztschr. n. F. XII. S. 96 fg. Ueberhaupt ist noch vorzüglich zu vergleichen Bruns „die römischen Popularklagen“ in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. III. S. 341..415., bes. S. 370 fg. 388 fg.

405 fg., und die heutige Anwendbarkeit betreffend S. 410.: „Die Interdicte bei den res publicae können zwar noch Anwendung finden, aber doch nur so weit sie zum Schutze des Privatinteresse dienen, also so weit sie nicht popular sind.“ [= Klein. Schr. I. S. 313 fg.]

## §. 333.

## D. Gewalt und Drohung.

Gewalt, gegen eine Person verübt oder unmittelbar angedroht, kann als Ursache eines Vermögensnachtheils nach Verschiedenheit der Fälle verschiedene Klagen begründen[1]. Ein besonderer Fall ist[a], wenn Jemand durch rechtswidrige Drohung, somit durch Furcht[b], zu einer seinem Vermögen nachtheiligen Handlung (Rechtshandlung oder auch einer Handlung bloß thatsächlicher Natur)[c] gezwungen worden ist. Der Gezwungene hat die actio *quod metus causa*, gegen den Zwingenden selbst, und zwar gegen Mehrere in solidum[d], auf Wiederherstellung und vollständigen Ersatz desjenigen, was ihm durch den erlittenen Zwang entzogen worden ist[e], gegen den Erben[f] nur mit der Beschränkung nach §. 104. Anm. 2., aber auch gegen jeden Dritten[g], welchem und soweit demselben in Folge einer erzwungenen Rechtshandlung auf Kosten des Gezwungenen etwas zugekommen ist[2]. Einer Klage, die sich auf die erzwungene Rechtsänderung gründet, steht die exceptio metus[h] entgegen[3].

Anm. [1] Dahin gehört die vi bonorum raptorum actio, §. 328. A. 3., und das interdictum de vi, §. 173. 192. Vgl. auch §. 94. 335. not. a. §. 339.

[2] L. 1. pr. D. h. t. Ait praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim ita edicebatur: *quod vi metusve causa,* . . . sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri vide(a)tur. — Ueber das Geschichtliche dieses Rechtsmittels: Rudorff über die Octavianische Formel, in d. Ztschr. f. gesch. Rechtsw. XII. 3., in dogmatischer Beziehung: Schliemann d. L. vom Zwange S. 29..52. (§. 61. A. 1.) [Brinz 2. Aufl. §. 342.] — Die Klage ist in rem scripta actio (§. 97. A. 6.) und arbitraria (§. 100. not. m.), nach R. R. mit der heutzutage unpraktischen Eigenthümlichkeit, daß die Nichterfüllung des richterlichen Restitutionsbefehls Verurtheilung zu vierfachem Ersatze nach sich zog (§. 98. not. d. §. 252. A. 1. e.).

[3] Auch „metus causa exceptio in rem scripta est“, L. 4. §. 33. D. h. t. 44. 4. Schliemann a. a. O. S. 53 fg. Weiter geht nach canonischem Recht die Einrede wegen erlittener Gewalt, als exceptio spolii (§. 178. A. 6.). Diese soll den Spoliirten gegen jede, wenngleich mit der Gewalthandlung nicht in Verbindung stehende Klage

[a] Dig. quod metus causa gestum erit. 4. 2. Cod. de his, quae vi metusve causa gesta sunt. 2. 19 (20). (§. 61.). [b] L. 1..9. pr. §. 3. D. h. t. [c] L. 12. §. 2. L. 14. pr. eod. cf. L. 9. §. 2. eod. [d] L. 14. §. 15..L. 16. pr. eod. [e] L. 9. §. 7. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 14. §. 5. 11. eod. L. 38. §. 6. D. de usur. 22. 1. cf. L. 18. pr. D. de dolo malo. 4. 3. [f] L. 16. §. 2. L. 17..20. D. h. t. [g] L. 9. §. 1. 8. L. 14. §. 3. L. 18. eod. [h] L. 9. §. 3. eod. L. 4. §. 33. 34. D. de doli m. et met. except. 44. 4.

des Spoliator, wie gegen jede strafrechtliche Anklage, schützen, bis er restituirt ist, sofern er nur das Spolium in fünfzehn Tagen zu beweisen vermag, can. 3. C. 3. qu. 1.; cap. 1. de restitutione spoliatorum. in 6to. 2. 5. cap. 2. 4. X. de ord. cognit. 2. 10. Vgl. Bruns Recht des Besitzes §. 16 fg.

## E. Arglist und Betrug.

### §. 334.

### 1) Doli actio[a].

Wer einem Andern durch Betrug[b] oder auch sonst durch absichtlich beschädigende Handlung[c] einen Vermögensnachtheil verursacht, wegen dessen diesem nicht ohnehin ein anderes wirksames Rechtsmittel zusteht[d], gegen den steht dem Beschädigten, vorausgesetzt, daß er nicht selbst gleichfalls des Dolus schuldig ist[e], als subsidiäre Klage die actio doli zu, gegen mehrere in solidum[f], auf vollen Schadensersatz[g], nach zwei Jahren aber nur mehr als in factum actio, soweit der Beklagte von seinem Dolus noch einen Gewinn hat[h], gegen den Erben immer nur mit der Beschränkung nach §. 104. Anm. 2[i].

Anm. L. 1. §. 1. D. h. t. 4. 3. Verba autem edicti talia sunt: *Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur iudicium dabo.* — Die actio doli ist nach R. R. famosa actio (§. 31. A. 1. e.); daher wird sie wegen zu unbedeutenden Schadens (usque ad duos aureos) nicht zugelassen, und gegen Personen, denen man besondere Achtung schuldig ist, statt derselben nur in factum actio gegeben. L. 9. §. 5..L. 13. pr. D. h. t. Dieß ist heutzutage (nach §. 33.) nicht mehr von praktischer Bedeutung. Sintenis §. 124. A. 9. Ohne Grund aber wird solche auch den Bestimmungen in not. g. h. abgesprochen. Vgl. Windscheid §. 451. A. 10. [Pernice Labeo II. S. 97 fg. 495 fg. Brinz 2. Aufl. §. 344.]

### §. 335.

### 2) Arglistige Störung der Rechtshülfe.

Unter diesen Gesichtspunkt sind folgende Fälle zu bringen:

1) Wer Jemanden absichtlich verhindert, in einem Termin vor Gericht zu erscheinen, haftet dem dadurch Beschädigten für das Interesse[a];

2) ebenso derjenige, welcher einer Besitzeinweisung absichtlich hindernd entgegentritt[b];

[a] Dig. de dolo malo. 4. 3. Cod. 2. 20 (21). [b] L. 1. pr...§. 3. L. 7. §. 10. L. 8. 9. §. 1. 2. L. 20..24. D. h. t. (§. 62. A. 8.). [c] L. 7. §. 6. L. 19. 34. 35. eod. L. 16. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. [d] L. 1. §. 1. 4..8. L. 2..7. L. 25. D. h. t. [e] L. 36. D. h. t. L. 154. D. de R. J. [f] L. 17. pr. eod. [g] L. 18. pr. eod. [h] L. ult. Cod. h. t. L. 28. D. h. t. [i] L. 13. pr. L. 17. §. 1. L. 26..30. eod.

[a] Dig. de eo, per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. 2. 10. cf. Dig. ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. 2. 7. [b] Dig. ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. 43. 4. (§. 93. not. m.).

3) wer eine Sache absichtlich zu dem Zweck und mit der Wirkung veräußert, daß einem Andern die Verfolgung seines Rechts erschwert oder geschmälert werde, kann von diesem mit einer actio in factum auf Ersatz des Interesse belangt werden[a];

4) ein verwandter Fall ist der der actio Pauliana, §. 228.

Anm. Zu 3) vgl.: a) L. 8. §. 1. D. h. t. 4. 7. Ait praetor: *quaeve alienatio iudicii mutandi causa facta erit*, id est, si futuri iudicii causa, non eius, quod iam sit (vgl. §. 113. A. 4. h.). L. 1. pr. eod. (Gai. lib. 4. ad edictum provinciale) ... Proconsul ... prospexit, ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra interait, alium adversarium nos non habuisse. b) L. 4. §. 3. eod. Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto *doli mali* fiat mentio. L. 8. §. 3. eod. Sed heredem instituendo vel legando si quis alienet, huic edicto locus non erit. L. 8. §. 5. L. 9. eod. Qui venditori suo redhibet, non videtur iudicii mutandi causa abalienare ... nisi si propter hoc ipsum redhibet, non redhibiturus alias. c) L. 12. eod. Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit, ex lege Licinia ei interdicitur, ne communi dividundo iudicio experiatur, verbi gratia, ut potentior emtor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo iudicio si agere velit, non audietur. Is vero, qui emit, si experiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur, ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat. d) L. 4. §. 6. L. 5 .. 7. eod. Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet: quare et heredi dabitur; in heredem autem, vel similem, vel post annum non dabitur, quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari. (§. 104. A. 2.). — Ueber die subsidiäre Natur dieser Klage: Ubbelohde in Haimerl's Vierteljahrsschrift IV. 11. [Ueber den verwandten Fall der dedicatio rei controversiosae im XII Tafelrecht vgl. Voigt die XII Tafeln II. §. 135.]

## §. 336.

### 3) Calumnia.

Hat Jemand sich etwas geben lassen, damit er einen Andern mit ungerechtem Proceß verfolge (*ut* negotium faceret calumniae causa), oder umgekehrt, damit er von solchem ungerechten Vorhaben abstehe (*ne* calumniae causa negotium faceret), so hat der Bedrohte eine in factum actio gegen denselben auf Herauszahlung des vierfachen Betrages des Empfangenen, jedoch post annum (utilem) nur mehr auf das Einfache[a], gegen den Erben, soweit ihm etwas zugekommen ist[b]. Im zweiten

[a] Dig. de alienatione iudicii mutandi causa facta. 4. 7. Cod. 2. 54 (55). L. 24. §. 1. D. comm. div. 10. 3.

[a] Dig. de calumniatoribus. 3. 6. Cod. 9. 46. vgl. §. 104. A. 1. c. [b] L. 5. pr. D. h. t. (§. 104. A. 2.).

Fall hat zudem der Geber die condictio ob turpem causam (§. 343.), welche, wenn der Bedrohte selbst der Geber ist, mit jener Klage bezüglich des Einfachen zusammentrifft, und daher nach Ablauf des Jahrs dieselbe überflüssig macht[c]. Nach heutigem Recht aber ist die actio de calumnia als Strafklage überhaupt nicht mehr praktisch; nur als Klage auf das Einfache möchte sie im ersten Fall, wo der Geber selbst keine Rückforderung hat, noch angemessen sein.

[Anm. Vgl. jetzt Lenel das ed. perpet. S. 86 fg.]

## §. 337.

### 4) Actio servi corrupti.

Nach Analogie der dem Herrn eines Sklaven gegen dessen Verführer gegebenen actio servi corrupti[a] wird auch dem Vater wegen Verführung der Kinder eine Klage gegeben auf Bezahlung einer richterlich zu bestimmenden Geldsumme[b]. Diese ist noch etwa anwendbar, sofern durch die Verführung ein Vermögensinteresse des Vaters verletzt ist.

## §. 338.

### F. Verletzung besonderer Berufspflicht.

Unter diesen Gesichtspunkt stellt sich:

1) die Haftung des Richters für den durch Arglist oder grobes Versehen in Ausübung des Richteramts[1], auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit[2], einer Partei zugefügten Nachtheil[a];

2) die Haftung des Feldmessers[3], der aus Arglist oder grobem Versehen durch falsche Messung Jemanden beschädigt[b], welche analog auch andere Kunstverständige trifft, die durch falsche Berechnung oder Maßangabe Jemanden in Schaden bringen[c].

In beiden Fällen findet in factum actio statt, aber nicht mehr gegen den Erben des Schuldigen, sofern er nicht bereichert[d] ist.

Anm. [1] Die Wirkung der Unredlichkeit des Richters bezeichnet das R. R. durch den Ausdruck: *Judex litem suam fecit.* [Vgl. Pernice Labeo II. S. 291 fg.] Die Klage gegen ihn heißt heutzutage (auch in den Reichsgesetzen) actio ex syndicatu,

[c] L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. h. t.

[a] Dig. de servo corrupto. 11. 3. L. 20. Cod. de furtis et servo corrupto. 6. 2. [b] L. 14. §. 1. D. l. c.

[a] pr. J. de obl. quasi ex delicto. 4. 5. L. 5. §. 4. D. de O. et A. 44. 7. L. 6. D. de extraord. cognit. 50. 13. L. 15. 16. D. de iud. 5. 1. L. 2. Cod. de poena iudicis, qui male iudicavit. 7. 49. vgl. R.A. v. 1532. Tit. III. §. 17. K.G.O. v. 1555. Thl. III. Tit. 55. §. 6. 10. [b] Dig. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6. [c] L. 5. §. 2. L. 6. 7. D. l. c. [d] L. 16. D. de iud. 5. 1. L. 3. §. 5. D. si mensor. 11. 6. (§. 104. A. 2.).

Syndicatsklage. — Streitig ist, ob der Richter nur für Dolus oder für jede Culpa hafte, und in welchem Maße? Sintenis §. 125. A. 38. Bayer ord. Proc. 8. Aufl. S. 275 fg. Windscheid §. 470. [Ueberhaupt: P. Usteri d. privatr. Verantw. d. Richters gegenüber d. Parteien (Judex qui litem suam facit). Zürich 1877. Bölderndorff im prakt. Arch. N. F. XII. S. 1 fg.]

[2] Vgl. Seuffert's Arch. II. 52. 53. V. 174. XIV. 140. XV. 208. XVII. 120. (Haftung der Beamten für Versehen in Notariats- und Hypothekensachen), V. 287. („Schadensersatz wegen eines unwahren obrigkeitlichen Zeugnisses"). Ueber andre Fälle der Beschädigung durch öffentliche Diener, insbesondere Haftung des Staates, beziehungsweise des Gerichtsherrn für dieselbe: das. I. 166. II. 54. III. 326. 327. V. 135. 281. 287. 288 XVI. 113. XVII. 123. XX. 38. Seuffert's Pand. §. 425. [Zu dieser und der vor. A. auch Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 302. Löning d. Haftung des Staates aus rechtsw. Handlungen seiner Beamten. Festschr. zu Bluntschli's 50jähr. Doctorjub. 1879. (Drbr. Jurasche k in d. Wiener Ztschr. IX. S. 131 fg.)]

[3] Ueber die Haftung des Mensor vgl. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rechtsw. X. S. 422 fg. [Pernice a. a. O. S. 293 fg.] Die praktische Bedeutung dieser besondern Klage wird jedoch mit erheblichen Gründen bestritten, indem man behauptet, daß jetzt dieses Verhältniß einfach nach den Regeln der locatio conductio zu beurtheilen sei. Sintenis §. 119. A. 2.

## §. 339.

### G. Verletzung gegen die Person. Iniuria[a].

Injuria[1] heißt überhaupt ein jedes wissentlich verübte Unrecht, welches nach der Gesinnung des Handelnden wesentlich gegen die Person eines Andern gerichtet ist, und aus der Nichtachtung seiner Persönlichkeit hervorgeht[b]. Die verschiedenartigsten Rechtsverletzungen[1a] können durch diese Gesinnung den Charakter einer Injurie annehmen[c] und die actio iniuriarum (ex generali edicto[d]) erzeugen. Im engern Sinne aber ist Injurie eine die Ehre des andern verletzende Handlung[e], die in der Aeußerung einer verachtenden Gesinnung gegen denselben besteht[2], sei es, daß diese Gesinnung durch Thätlichkeiten oder bloß durch Worte (schriftlich oder mündlich) oder Zeichen sich kund gebe[f]. Eine solche Injurie kann auch mittelbar[2a] gegen Jemanden begangen werden, durch eine zunächst gegen die Person eines Angehörigen desselben gerichtete Handlung[g]. Ueberall aber wird jener Wille der Kränkung, *animus iniuriandi*, zum Dasein der Injurie vorausgesetzt[h]. Das Aussprechen

[a] Inst. de iniuriis. 4. 4. Dig. de iniuriis et famosis libellis. 47. 10. Cod. de iniuriis. 9. 35. [b] L. 1. pr. D. h. t. (§. 84. A.). L. 3. §. 2. L. 44. eod. [c] L. 11. §. 9. L. 13. §. 7. L. 15. pr. §. 23. L. 23. 24. D. h. t. L. 2. §. 9. D. ne quid in loco publ. 43. 8. L. 21. §. 7. D. de furt. 47. 2. L. 25. D. de act. emti. 19. 1. L. 1. §. 38. D. depos. 16. 3. [d] L. 15. §. 26. D. h. t. [e] L. 1. pr. L. 15. §. 2. et sqq. eod. [f] §. 1. J. h. t. L. 1. §. 1. 2. 6. L. 5. pr. §. 1. L. 15. §. 1. 15 . . 23. 27. 29 . . 33. L. 19. 20. D. h. t. [g] L. 1. §. 3 . . 9. L. 16. §. 24. L. 18. §. 2 . . 5. eod. §. 2 . . 6. J. h. t. [h] L. 5. Cod. h. t.

einer Wahrheit ist an sich, wenn man nur darauf sich beschränkt, keine Injurie[i].

Der Beleidigte hat eine prätorische[k], auf ein Jahr beschränkte[l], nach römischem Recht infamirende[m], Strafklage (iniuriarum actio *aestimatoria*), auf Zahlung einer nach Maß der Beleidigung zu bestimmenden Geldsumme[n], oder, falls die Beleidigung durch Thätlichkeit gegen den Körper des Beleidigten oder durch gewaltthätiges Eindringen in dessen Wohnung begangen ist, eine gleiche civilrechtliche (perpetua?)[3] actio ex lege Cornelia[o]. Der Kläger, welcher die ihm widerfahrene Beleidigung genau bestimmen muß[p], hat die Geldstrafe, die er begehrt, anzusetzen, der Richter aber dieselbe nach Umständen zu ermäßigen[q]. Das heutige Recht[r] [vor dem R.Str.G.B.] gibt dem Beleidigten die Wahl, anstatt auf Geldstrafe, je nach Beschaffenheit der Beleidigung auch auf Widerruf (actione recantatoria oder ad palinodiam) oder Abbitte (actione ad deprecationem) oder Ehrenerklärung (actione ad declarationem honoris) zu klagen[4]. [Das R.St.G.B. übergeht (§. 185 fg.) diese Klagen mit Stillschweigen und hat sie damit wohl beseitigt. Die „Beleidigung" erscheint in demselben als ein mit Geldstrafe, Haft oder Gefängniß bedrohtes Vergehen. Wo die Beleidigung (verleumderische Beleidigung) „nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt", kann neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegende „Buße" erkannt werden, welche die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches ausschließt[4a].]

Die iniuriarum actio fällt weg, wenn der Beleidigte einmal an den Tag gelegt hat, daß er sich die Beleidigung nicht zu Gemüthe ziehe, wenn er eine andere Genugthuung genommen oder sonst mit dem Gegner sich verglichen hat[s]. Sie geht weder auf den Erben des Beleidigten über, noch gegen den Erben des Beleidigers[t].

Anm. [1] Vgl. überhaupt A. D. Weber über Injurien und Schmähschriften, 1793 . . 1800, 4te Aufl. 1820 [insbes. über Injurien durch Veröffentlichung (vertraulicher) Briefe: Steinbach über Eigenthum an Briefen S. 20 fg.]. Injurien können auch strafrechtlich verfolgt werden (§. 10. J. h. t.), und die neuere Gesetzgebung neigt dahin, dieselben dem Gebiet des Civilrechts ganz zu entziehen. Vgl. Walter im neuen Arch. des Criminalrechts, IV. S. 108 fg. 241 fg. Mittermaier im Rechtslex. V. S. 863 . . 904.

[i] L. 5. cit. L. 18. pr. D. h. t. [k] §. 7. J. h. t. [l] §. 1. J. de perpet. et temp. a. 4. 12. [m] L. 1. pr. D. de his qui infam. not. 3. 2. (§. 31. A.). [n] §. 7. 9. J. h. t. L. 15. §. 28. L. 21. D. h. t. [o] §. 8. J. h. t. L. 5. 37. §. 1. D. h. t. [p] L. 7. D. eod. [q] §. 7. J. h. t. [r] R.G.O. v. 1555. Thl. II. Tit. 28. §. 4. Reichsschluß v. 24. Sept. 1670. [= „Reichsabschiedsanfang" v. 1670.] [s] §. 12. J. h. t. L. 11. §. 1. L. 17. §. 6. D. h. t. [t] L. 13. pr. L. 28. D. h. t. (§. 104.).

[1a Vgl. Keller Instit. §. 162. Voigt die XII Tafeln II. §. 129. 130.]

2 L. 15. §. 25. D. h. t. Ait praetor: *ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.* §. 26. Hoc edictum supervacuum esse, Labeo ait: quippe cum ex generali (clausula) iniuriarum agere possumus; sed videtur et ipsi Labeoni et ita se habet, praetorem eandem causam secutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui. Vgl. §. 2. ibid. Ait praetor: *Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo (quod) adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo.*

[2a Das R.Str.G.B. denkt (§. 195.) die unmittelbar injuriirte Person als den „Beleidigten", gibt aber dem Ehemann oder Vater ebenfalls das Recht, auf Bestrafung anzutragen.]

3 Darüber Seitz in Linde's Ztschr. n. F. XIX. 6.

4 Keller Pand. §. 376. Sintenis II. §. 124. A. 74; vgl. Wallenrodt in d. Ztschr. für Rechtsgesch. III. S. 288 .. 300. Bei Realinjurien kann auch noch ein Anspruch auf Schmerzengeld vorkommen (§. 324. A. 6.). Die Injurienklage ist übrigens die einzige Klage auf eine Privatstrafe, die im gemeinen Recht zuletzt noch unbestrittene Geltung hatte; aber auch diese ist partikularrechtlich vielfach und neuestens [s. den Text] überall beseitigt worden durch Festsetzung einer öffentlichen Strafe, die auf Antrag des Beleidigten zu dessen Genugthuung gegen den Beleidiger verhängt werden kann. Windscheid 4. Aufl. §. 472. [Stobbe Handb. III. §. 199. Mandry Reichsges. S. 176 (2. Aufl. S. 252) fg.]

[4a Wächter die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach heut. gem. R. 1874. (vrbr. Sontag in d. krit. Vjschr. XVII. S. 203 fg.) Mandry Reichsges. S. 351 (2. Aufl. S. 485) fg. Windscheid §. 326. A. 11. §. 472 a. E. und A. 7a. 8.]

5 Als einen Fall einer Delictsobligatio wegen Verletzung der Person führt man noch insbesondere widerrechtliche Gefangenhaltung einer freien Person an, als welche das interdictum de homine libero exhibendo (Dig. 43. 29. Cod. 8. 8.) begründe. Vangerow §. 702. vgl. Unterholzner Schuldverh. II. S. 214. Allerdings kann jene für den Gefangenen iniuriarum actio erzeugen (not. c. d.), und unter Umständen auch eine Schadensklage (§. 384. 385. not. a.). Aber das genannte Interdict (eine Popularklage, L. 3. §. 9. D. l. c.) kann schon nach Justinianischem Recht nicht mehr in's Obligationenrecht gestellt werden, da nicht zu ersehen ist, daß es irgend eine und welche vermögensrechtliche Wirkung für den Kläger hatte. Nach älterem Recht wurde eine solche durch Sponsionen vermittelt. Gai. IV. §. 165. Heutzutage ist es als privatrechtliche Klage entschieden unpraktisch.

## III. Die übrigen vermischten Fälle von Obligationen.

### A. Klagen auf Rückerstattung grundlosen Gewinnes.

### §. 340.

Es gibt eine Reihe von Klagen, welche die Rückerstattung eines Vermögensgewinnes bezwecken, den der Gegner auf Kosten des Vermögens des Klägers gemacht hat, der aber nach den dem Erwerbe zu Grund liegenden Verhältnissen als nicht gerechtfertigter Gewinn sich

darstellt. Sie werden als Condictionen bezeichnet [1]. Gemeinschaftliche [1a] Voraussetzung derselben ist, daß eine Vermögensänderung in an sich rechtsgültiger Weise stattgefunden, so zwar: 1) daß der eine (der Beklagte) wirklich eine Bereicherung erhalten habe, deren Rückerstattung in das Vermögen des Andern (des Klägers) durch die Klage zu bewirken ist; daher sie nicht Anwendung finden, sofern es sich nur um Herausgeben eines Gegenstandes handelt, der nicht in das Vermögen des Gegners übergegangen ist, sondern noch als nicht dazu gehörig mit dinglicher Klage in Anspruch genommen werden kann [2]; 2) daß diese Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers oder auf dessen Kosten [3] gewonnen worden sei; 3) daß ein Mangel in Ansehung des rechtlichen Grundes dieser Vermögensänderung obwalte. Der allgemeine Grund der Verpflichtung zur Rückgabe ist die Grundlosigkeit des vom Verpflichteten gemachten Vermögensgewinnes, sei es, daß dieser Mangel von Anfang an bestand oder erst durch einen spätern Umstand sich herausstellte. Die Mangelhaftigkeit des rechtlichen Grundes aber kann darin liegen, daß eine Vermögenszuwendung an eine, Gegenwart oder Zukunft betreffende, Voraussetzung gebunden ist, die sich in der That nicht bewährt [4], oder darin, daß der Erwerb auf rechtswidrigem oder unsittlichem Grunde beruht, oder auch, daß es an einem rechtfertigenden Grunde der Bereicherung schlechthin fehlt. Hiernach sind nun theils für verschiedene Fälle Klagen von genauer bestimmtem Inhalt und Namen gegeben (§. 341 .. 344.), theils eine Klage, die durch den allgemeinen Ausdruck „condictio sine causa" bezeichnet wird (§. 345.).

Anm. [1] Ueber die Condictionen überhaupt vgl. vorzüglich Savigny V. S. 503. bis 642. Puchta Inst. II. §. 165. [8. Aufl. I. S. 489 fg.]; dazu Götz meditationes de condictionum doctrina spec. l. II. Lipsiae 1856. [Baron Abh. aus dem Röm. Civilproceß I. Die Condictionen. 1881. (vrbr. Pfersche in d. Wien. Ztschr. IX. S. 683 fg. Buhl in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 224 fg. Bekker in d. Ztschr. f. Rechtsgeschichte. XVII. Rom. A. Nr. 6. S. 92 fg.) Vgl. auch die a. E. dieser Anm. angeführte Schrift v. Pfersche S. 6 fg.] — Ueber den Ursprung der Benennung von der legis actio per condictionem: §. 15. J. de action. 4. 6. Gai. IV. 12. 18. „nunc vero non proprie condictionem dicimus actionem in personam esse, qua intendimus *dare nobis oportere*", vgl. IV. §. 5. „*dari fierive oportere*". Daher condictio certi (insbesondere „si certum petetur," Dig. de rebus creditis, si certum petetur et de condictione. 12. 1. Cod. si certum petatur. 4. 2.); und condictio incerti; condictio triticiaria? (Dig. de condictione triticiaria. 13. 3.). Als Entstehungsgründe von Condictionen kommen vor: a) Darlehen (§. 280.), b) Formalcontracte (§. 232.) und Legat (L. 9. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. Gai. II. 204.); sodann noch lex (Dig. de condictione ex lege. 13. 2. Cod. 4. 9. cf. §. 24. J. de action. 4. 6. L. 29 (28). D. de adult. 48. 5. L. 12. §. 1. i. f. Cod. de pet. hered. 3. 31. vgl. Savigny S. 542 fg.), c) grundloses Haben (§. 340 .. 345.). Ueber die Fälle der

letzten Art vgl. noch insbesondere H. Witte die Bereicherungsklagen (1859) S. 41 bis 258. und dazu denſ. in d. dogm. Jahrb. V. 3. gegen Jacobi daſ. IV. S. 160 fg. („kritische Beleuchtung der sog. Bereicherungsklagen"), sodann das Werk von M. Voigt: Ueber die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. 1862., namentlich in der 6. Abth. „Lehre von den condictiones ob causam", S. 226 .. 772., deren Ausführung, wornach diese Condictionen im Allgemeinen die Rescission eines den einen auf Kosten des andern bereichernden nach seinem primären Rechtsgrunde gültig vollendeten Erwerbes bezwecken sollen, und zwar wegen einer vitiösen Qualität des ihm unterliegenden secundären oder noch ferneren Rechtsgrundes, als welcher immer eine causa obligationis fungire (§. 46. 58 fg. vgl. oben §. 283. A. 2.), freilich durchaus nicht befriedigt. H. Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 6 .. 25. Unvergleichlich besser die concentrirte Ausführung von Windscheid Pand. §. 421 .. 429. unter der Ueberschrift: „Ungerechtfertigte Bereicherung". [Dazu Windscheid Zwei Fragen aus der Lehre v. d. Verpflichtung wegen ungerechtf. Bereicherung. 1878. — Dernburg Preuß. Pr. R. II. §. 252. 254 fg. Pavlíček z. L. v. d. Klagen aus ungerechtf. Bereicherung nach österr. Civilr. mit Berücks. d. gem. R., sowie d. mod. Gesetzg. 1878. (Drbr. Randa krit. Vjschr. XXI. S. 376 fg. Lenel Jen. Litztg. 1879. Nr. 12.) Brinz 2. Aufl. §. 300 fg. Pfersche die Bereicherungsklagen. 1883. Vgl. Zitelmann Irrth. und Rechtsgeschäft. S. 408 fg. Wendt in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 313 fg.]

[1a Dagegen Brinz A. 8., weil durch die Fassung des Textes die cond. furt. ausgeschlossen wird, bei welcher Grundlosigkeit vorliegt schon mangels eines auch nur seiner Gattung nach rechtmäßigen Erwerbes. Pfersche, die zufällige Bereicherung überhaupt der mit dem Willen des Verlierenden eintretenden Bereicherung gegenüberstellend, verwirft ganz und gar die systematische Vereinigung der Bereicherungsklagen in der Lehre und im Gesetze. S. 1. 51. 98 fg.]

[2] §. 14. J. h. t. Gai. IV. §. 4. Certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *si paret eum dare oportere;* nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intelligatur, quod (ita datur, ut) nostrum fiat; nec res, quae (nostra iam est,) nostra amplius fieri potest. Vgl. L. 15. D. de cond. causa data. 12. 4. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem. — Jedoch eine Ausnahme (Gai. l. c.): Plane odio furum .. receptum est, ut ... rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: *si paret eos dare oportere,* quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua *rem nostram esse* petimus. L. 12 in f. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Et proditum est, neminem rem suam, nisi furi, condicere posse. Vgl. §. 323. Savigny V. S. 551 fg. Voigt a. a. O. §. 64. 65. 81. [Brinz §. 300. S. 511: „eine nicht mehr sicher erklärbare Besonderheit".] Eine Ausnahme liegt aber hierin nur insofern, als demjenigen, der noch Eigenthümer ist, doch eine condictio rei ipsius, auf dari rem gerichtet, beigelegt wird; keine Ausnahme oder Anomalie ist es, daß auch bloß wegen des Besitzes einer Sache, den ohne rechtlichen Grund Jemand auf Kosten eines Andern gewonnen, gegen jenen eine condictio (condictio incerti, nicht rei, sondern possessionis) stattfinden kann, in so fern nämlich der Besitz (das ius possessionis) auch schon als ein Vermögensbestandtheil anerkannt und dessen Verlust, beziehungsweise Gewinn somit auch als eine dem einen nachtheilige, den andern bereichernde Vermögensänderung anzusehen ist. L. 25. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 2. D. de cond. trit. 13. 3. L. 15. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 4. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. [f. §. 171. A. 4.] Bruns Recht des Besitzes S. 27 fg. Windscheid Pand. §. 161. [§. 421. A. 7.] Voigt

a. a. O. S. 329 fg. [Brinz A. 23. Pfersche S. 59 fg. Wendt a. a. O. XXI. S. 106 fg.] — Uebrigens kann als rechtloser Gewinn auch das Verbrauchen eines Gegenstandes und so auch die Enteignung, beziehungsweise Aneignung von Geld durch Vermischung (consumtio nummorum, §. 52. 151. A. 2.) die Verpflichtung zur Rückgabe erzeugen: L. 29. D. de cond. indeb. 12. 6. Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. A praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici. L. 3. Cod. de cond. ex lege. 4. 9. L. 53. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 11. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. (§. 280. A. 4.) Voigt S. 749 fg. [Brinz S. 520 fg. und überhaupt zu Z. 1. des Textes: S. 505 fg.]

[3] Savigny V. S. 526. 27. „Ebenso ist es aber auch nöthig, daß dasjenige, welches dem Andern zur Bereicherung diente, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen dessen gehört habe, welcher darauf eine Condiction gründen will." Dieser Satz wäre falsch, wenn er so verstanden würde, daß, was dem Andern zugekommen ist, vorher im Vermögen des Condicirenden gewesen sein müsse. L. 55. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 26. §. 12. eod. L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. pr. L. 3. D. de cond. sine causa. 12. 7. Seuffert's Arch. II. 57. Aber der von jenem gewonnene Vortheil, er bestehe in einer positiven Vermehrung oder in Abwendung einer Verminderung seines Vermögens, muß doch auf Kosten des Vermögens des letzten bewirkt sein. Windscheid §. 421. A. 3 . . 17. [Brinz S. 511 fg.]

[4] Die Fälle dieser Art behandelt insbesondere Windscheid die Lehre des R. Rechts von der Voraussetzung. 1850., gegen welchen Voigt S. 515 fg. verfehlte Opposition macht. Vgl. oben §. 283. Anm. 2. Windscheid Pand. §. 423. A. 8 . . 13.

## §. 341.

### 1) Condictio indebiti [1].

Die condictio indebiti[a] steht regelmäßig demjenigen und nur demjenigen zu, welcher in der auf entschuldbarem Irrthum beruhenden Voraussetzung eines bestehenden, aber wirklich nicht oder nicht in dem Maße, wie vorausgesetzt wurde, begründeten Rechtsanspruchs zu dessen Befriedigung, namentlich also zum Zweck der Erfüllung einer in solchem Irrthum vorausgesetzten Schuldverbindlichkeit[2] etwas geleistet hat, und geht auf Rückerstattung des diesem auf solche Weise ohne Grund zugekommenen Vermögensvortheils. Demnach ist

1) zur Begründung dieser Klage erforderlich: a) daß mit Rücksicht auf eine vermeintliche Verbindlichkeit, *solvendi* causa[b], etwas geleistet worden sei, es sei als eigentlicher Schuldgegenstand oder als datum in solutum oder umgekehrt als Aestimatio[c], es bestehe das Geleistete im Eigenthum einer Sache oder auch bloß deren Besitz[d], oder in einem ius in re aliena oder der Befreiung von einem solchen[e], oder in Be-

[a] Dig. de condictione indebiti. 12. 6. Cod. 4. 5. [b] L. 52. 65. §. 2. D. h. t. [c] L. 26. §. 4 . . 6. eod. [d] L. 15. §. 1. 2. eod. cf. L. 19. §. 2. eod. L. 43. §. 2. D. de reb. cred. 12. 1. [e] L. 12. 22. §. 1. L. 65. §. 7. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. D. commod. 13. 6. L. 17. pr. D. de praescript. verb. 19. 5.

freiung von einer Schuld, durch Zahlung oder Novation oder Erlaß, oder in Zuwendung einer Forderung, durch Cession oder Delegation oder auch durch eigenes Versprechen, worüber etwa zugleich ein Schuldschein ausgestellt sein mag[f], oder endlich in Diensten, die einer Schätzung in Geld unterliegen[g]; b) daß die vorausgesetzte Verbindlichkeit, ipso iure oder per exceptionem, wirklich *nicht bestanden* habe[h], auch nicht als naturalis obligatio[i]; sogar das Dasein einer bloßen Anstandspflicht[3] kann die Rückforderung als unanständig oder unbillig ausschließen[k]; *vorzeitige* Zahlung einer unbedingten Schuld begründet die Klage nicht[4]; wohl aber Zahlung einer noch *bedingten* Schuld[l]; desgleichen auch Zahlung an einen *Andern*, als den wahren Gläubiger oder dessen befugten Stellvertreter[m], sowie umgekehrt von Seiten eines Andern als des wahren Schuldners[n], falls er nämlich die Schuld als die seinige zahlte[5]; ferner Leistung unter Voraussetzung einer von der wirklich begründeten verschiedenen Schuldverbindlichkeit[o]; c) daß die Leistung aus Irrthum in Betreff der Verbindlichkeit geschehen sei[p], und zwar aus *entschuldbarem Irrthum*[q], also regelmäßig nicht aus Rechtsirrthum[r], wofern nicht eben auch dieser den Umständen nach[s] oder aus persönlichen Gründen[t], als entschuldbar erscheint[6]. Doch genügt auch ein bloßer Zweifel über die Schuld[u], falls nicht ein Verzicht auf die Bestreitung derselben vorliegt[7]. Den *Beweis* der geschehenen Zahlung hat der Kläger zu führen; ist sie nicht abgeleugnet, so liegt ihm regelmäßig ob[v], die Umstände nachzuweisen, wodurch er zu irrthümlicher Annahme der Schuldverbindlichkeit verleitet worden ist[8]. Kläger ist übrigens, wer selbst oder durch einen Andern geleistet hat[w], Beklagter der Empfänger oder wer den Empfang durch einen Andern genehmigt hat[x].

2) *Gegenstand* der Klage ist, was dem Beklagten durch die Zahlungs halber geschehene Leistung zugekommen ist, unmittelbar oder mittelbar, daher auch die Accessionen der empfangenen Sache, Früchte und anderer Gewinn; aber, sofern der Empfänger in gutem Glauben

[f] L. 31. 47. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. cf. L. 5. §. 1. D. de act. emti. 19. 1. [g] L. 26. §. 12. L. 40. §. 2. D. h. t. [h] L. 54. eod. L. 26. §. 3. L. 40. pr. L. 41. eod. [i] L. 9. 13. 19. pr. L. 38. pr. L. 40. pr. L. 51. 64. eod. (§. 217.) [k] L. 32. §. 2. D. h. t. L. 26. §. 12. eod. [l] L. 10. 16..18. 56. 60. §. 1. eod. [m] L. 6. §. 1. 2. L. 22. 65. §. 9. eod. [n] L. 65. §. 9. cit. L. 19. §. 1. eod. cf. L. 8. 44. eod. L. 66. D. de solut. 46. 3. L. 12. 13. D. de novat. 46. 2. L. 2. Cod. h. t. [o] L. 19. §. 3. 4. L. 20. 26. §. 4..6. L. 31. 32. pr. §. 3. D. h. t. [p] L. 53. D. de R. J. L. 24. 26. §. 3. 8. L. 50. 54. D. h. t. [q] L. 25. pr. D. de probat. 22. 3. cf. L. 1. §. 1. D. h. t. [r] L. 10. Cod. de iuris et facti ignor. 1. 18. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 6. Cod. l. c. (1. 18.) L. 6. 7. Cod. h. t. [s] L. 9. §. 3. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 1. pr. D. ut in poss. legat. 36. 4. [t] L. 25. §. 1. D. de probat. 22. 3. L. 9. Cod. ad Sc. Vell. 4. 29. [u] L. 11. Cod. h. t. 4. 5. cf. L. 65. §. 1. D. h. t. [v] L. 25. D. de probat. 22. 3. [w] L. 5. 6. pr. L. 57. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. [x] L. 6. §. 1. 2. D. h. t. L. 14. D. de cond. causa data. 12. 4. L. 49. D. h. t. cf. L. 66. D. de solut. 46. 3.

ist, beschränkt sich seine Verbindlichkeit auf dasjenige[9], was ihm als Vermögensgewinn geblieben ist[y].

3) Ausgeschlossen ist die condictio indebiti a) wenn die vermeintliche Schuld eine solche ist, die wegen Leugnens auf das Doppelte geht[z], b) wenn die Zahlung zur Erfüllung eines Urtheils[10], ex causa iudicati, geleistet ist[aa].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Erxleben die condictiones sine causa. Abth. 1. 1850., dazu Voigt a. q. O. §. 74. 75., und über die manchfaltigen Streitfragen in dieser Lehre: Holzschuher 3. Aufl. III. S. 541 .. 566. — Die condictio indebiti wird von den Römern unter den Gesichtspunkt einer obligatio *quasi ex contractu* gestellt, vergleichbar der Darlehensverbindlichkeit. §. 6. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 1. J. quib. mod. re contrah. obl. 3. 14. cf. Gai. III. 91. L. 5. §. 3. D. de O. et A. 44. 7. Vgl. Erxleben S. 14 fg.

[2] Voigt a. a. O. S. 636., welcher die condictio indebiti überhaupt unter den Gesichtspunkt stellt, daß ex falsa causa etwas geleistet worden sei, bezeichnet es als „durchaus unwahr, wenn unsere moderne Wissenschaft die ... Beschränkung aufstellt, daß die cond. ob causam lediglich bei Solutionen, somit bei Prästationen Platz greife, welche die Erfüllung einer Obligation bezwecken.“ Er beruft sich darauf, daß auch ea, quae per errorem omissa sunt, condici possunt, L. 3. §. 10. D. si cui plus. 35. 3. L. 39. D. h. t. L. 22. §. 1. eod. L. 8. pr. D. de act. emti. 19. 1. L. 35. D. de a. p. u. 8. 2. L. 7. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Aber die cond. indeb. wird hier gegeben „quasi plus debito solutum sit.“ Er beruft sich ferner darauf, daß auch das irrthümlich als Vorleistung eines Innominatcontracts Gegebene condicirt werden könne, L. 23. pr. L. 65. §. 1. D. h. t., obwohl doch nach römischer Anschauung jene nicht einen solutorischen Charakter (in Beziehung auf eine durch den Vorvertrag begründete naturalis obligatio), sondern einen obligatorischen in sich trage. Aber dieses zugegeben, bleibt unerwiesen, daß nach derselben Anschauung die Klage condictio *indebiti* genannt wurde; L. 65. §. 1. cit. beweist es nicht. Und wenn der Vf. [ebda.] sagt: es sei nicht „daran zu zweifeln, daß bei einer ex falsa causa geschehenen Dation zum Mutuum die cond. indeb. Platz greife“, so sollte er lieber die Bezeichnung „condictio *indebiti*“ ganz verwerfen, indem ihm indebitum unversehens synonym wird mit sine causa. [Vgl. jetzt Brinz 2. Aufl. S. 541 fg.: „Nicht weil das in der Vergangenheit gedachte, aber nicht existente debitum einen falschen Grund zur Zahlung abgab, sondern weil es zur Setzung eines unerreichbaren Zweckes führte und eine wahre solutio unmöglich machte, während datio zu Recht besteht, greift condictio indebiti platz“.] So viel aber kann zugegeben werden, daß bei jener nicht gerade eine Obligatio im eigentlichen Sinn nothwendig erfordert werde. L. 3. §. 10. cit. und L. 7. pr. cit. z. B. können wohl unbedenklich auch auf den Fall bezogen werden, wenn der Erbe in Folge eines legatum per vindicationem die legirte Sache oder den legirten Ususfructus ohne Caution eingeräumt hatte. [Anders Brinz 2. Aufl. §. 304. A. 6.]

[3] L. 32. §. 2. D. h. t. Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote

[y] L. 15. pr. §. 1. L. 49. §. 2. L. 26. §. 4 .. 6. 12. L. 65. §. 5 .. 8. D. h. t. L. 3. 10. Cod. h. t. cf. L. 1. Cod. eod. §. 251. A. 3. [z] §. 6. 7. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. L. 4. Cod. h. t. (§. 252.). [aa] L. 1. Cod. h. t. L. 2. Cod. de compensat. 4. 31. L. 36. D. fam. erc. 10. 2. L. 74. §. 2. D. de iud. 5. 1. L. 29. §. 5. D. mand. 17. 1. cf. L. 35. D. h. t.

obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.* Vgl. §. 217. A. 5. a. E. Davon läßt sich auch Anwendung machen auf den Fall geleisteter Alimente: arg. L. 11. 15. Cod. de neg. gest. 2. 18 (19). L. 5. §. 14. D. de agnosc. et al. lib. 25. 3. — Streitig ist, ob aus diesem Gesichtspunkte auch L. 26. pr. D. h. t. (Si non sortem quis sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit) zu erklären sei? Thibaut Vers. II. 5. Nr. 3. [S. 138 fg.] Vangerow I. §. 76. A. 2. Dagegen wieder Erxleben S. 63 fg., welcher mit Andern die Stelle von wissentlicher Zahlung nicht schuldiger Zinsen versteht, dessen Gründe „aber noch nicht stark genug“ sind, Brinz 1. Aufl. S. 415. Die richtige Erklärung ergibt sich durch die Verbindung mit dem Rechtssatze, daß usurae indebite solutae auf das Kapital abzurechnen sind: L. 5. §. 2. L. 102. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 18. Cod. de usur. 4. 32. cf. L. 3. eod. Witte Bereicherungsklagen S. 69 fg. Voigt a. a. O. S. 647 fg. Seuffert's Arch. XVI. 49. Anders im Fall der Zinszahlung für eine irrthümlich angenommene Hauptschuld: L. 26. §. 2. eod.; desgleichen bei unerlaubten Zinsen: L. 26. pr. §. 1. eod. (§. 209.).

[4] Auch nicht bezüglich des Gewinns durch das Interusurium? Erxleben S. 94 fg. Witte S. 68. A. 1.

[5] L. 65. §. 9. D. h. t. Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. L. 44. eod. Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore, solutum est. [Suum empfängt nur „wer die ihm von A schuldigen 100 als von A schuldig empfängt; nur diesfalls ist gleichgültig, durch wen er sie empfängt“ Brinz 2. Aufl. §. 304. A. 16.] Wer aber wissentlich die Schuld eines Andern bezahlt oder für denselben sich verpflichtet hat, kann gegen diesen die condictio indebiti haben, wenn es in irriger Voraussetzung einer Verbindlichkeit gegen ihn geschah (not. a.). Und wer von seinem vermeintlichen Gläubiger einem Andern entweder als dessen vermeintlichem Gläubiger oder Schenkungshalber delegirt ist, hat auch gegen den letzten doli exceptio und condictio. L. 7. D. de doli exc. 44. 4. L. 2. §. 3. 4. D. de donat. 39. 5. [Schloßmann in d. Wien. Ztschr. IX. 11. S. 553 fg. Zu L. 56. D. h. t. (not. 1.) vgl. Eisele Compens. S. 263 fg.]

[6] Die Frage, ob auf die Entschuldbarkeit des Irrthums und daher auf den Unterschied zwischen factischem und Rechtsirrthum etwas ankomme? ist sehr streitig. A. M. sind u. a. Mühlenbruch im civ. Arch. II. 35. Renaud im civ. Arch. XXIX. 4. 14. Herrmann in Linde's Ztschr. n. F. III. 3. Holzschuher III. S. 550 fg. Christiansen zur Lehre v. d. naturalis obligatio S. 69 fg. [E. Zimmermann Beitr. z. Theorie d. cond. ind. 1868. Nr. I. Wächter §. 219. Beil. II.] Seuffert's Arch. VI. 206. 207. VII. 51. XV. 195. Vgl. dagegen Savigny III. S. 359 fg. 447 fg. Erxleben S. 70 fg. Vangerow III. §. 625. A. 1. Nr. II. Witte a. a. O. S. 98 fg. Windscheid §. 426. A. 14. Seuffert's Arch. II. 187. V. 291. VII. 322. XIII. 254. 255. Eine Mittelmeinung hält nur bei indebita promissio die Qualität des Irrthums für unerheblich, vorzüglich wegen L. 1. pr. D. 36. 4. Donell. I. cap. 21. §. 12. 18. XIV. cap. 14. §. 5..10. Seuffert §. 486. A. 13. 14. Arch. IV. 55. Dagegen Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 68 [2. Aufl. S. 72] fg. [Vgl. noch Pfersche S. 128 fg.] — Uebrigens: a) Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus

vel is, cui bonis interdictum est, solverit. L. 29. D. h. t. b) Auch der Irrthum des Empfängers kommt insofern in Betracht, als dieser sonst ein Furtum begeht und daher condictio furtiva gegen ihn stattfindet. L. 14. D. de cond. causa data. 12. 4. L. 18. D. de cond. furt. 13. 1. L. 43. pr... §. 3. D. de furt. 47. 2. cf. L. 37. D. h. t. Vangerow III. §. 625. A. 1. Nr. III. Voigt S. 764 fg. — Vgl. noch Hesse im civ. Arch. LVI. 11.

[7] Hat sich der Zahlende im Zweifel über die Richtigkeit der Schuld die Rückzahlung ausdrücklich vorbehalten, falls sich die Schuld hinterher als nicht bestehend oder schon getilgt erweise, so ist ihm ohne Frage in diesem Fall die Rückforderung zu gewähren, arg. L. 2. pr. D. h. t. „negotium enim contractum est inter eos". Willkür aber ist es, wenn Voigt S. 635. A. 562. auf diesen Fall allein L. 11. Cod. h. t. (not. u.) bezieht und darum den Satz im Texte beanstandet. Entscheidet doch Justinian: „omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam ... repetitionem non denegari et praesumtionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur", und diese Entscheidung in dem zunächst sich darbietenden Sinn „ein Produkt widerspruchvollster Willkür" zu nennen, ist, wie manche andere eben so energische Verdammungsurtheile des Verf., ganz unberechtigt. Oder wäre es wirklich widerspruchsvoll, demjenigen die condictio indebiti zu geben, der etwa einen alten Schuldschein seines verstorbenen Vaters, eine alte Rechnung, obwohl laut bezweifelnd, daß die Schuld noch nicht bezahlt sei, honorirt, nachher aber die betreffende Quittung auffindet? Vgl. übrigens Seuffert's Arch. IV. 123. VII. 54. XIII. 255.

[8] L. 25. pr. in f. D. de probat. 22. 3. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, ... eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum (sit), et nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. Ausnahme: L. 25. §. 1. ibid. Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor et forensium rerum expers vel alias simplicitate gaudens et desidia(e) deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse et debitas ei fuisse solutas. Jedoch: §. 2. ibid ... Sin autem pro parte queritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere. Vgl. darüber Benfey in Linde's Ztschr. XIV. 7. Savigny III. S. 466. Sintenis §. 109. A. 57. Holzschuher III. S. 560 fg. Windscheid a. a. O. S. 189 fg. Römer d. Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55 fg. Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 75 fg. 141 fg. 252 fg. [2. Aufl. S. 88 fg. 164 fg. 280 fg.] Vangerow III. §. 625. A. 2. Witte a. a. O. S. 161 fg., neuerdings Fr. Zimmermann im civ. Arch. XLVIII. 4., und überhaupt über den Beweis Windscheid §. 426. A. 18 .. 27. E. Hoffmann im prakt. Arch. n. F. VIII. 10. [S. 253 fg. Wächter II. §. 219. Beil. I. Pfersche S. 132 fg.]

[9] L. 7. D. h. t. 12. 6. Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem (sc. ex eodem genere: L. 25. i. f. D. de praescript. verb. 19. 5.) repetitur. L. 26. §. 12. eod. ... Sed hae, inquit (Celsus), operae recipiunt aestimationem, et interdum, licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: utputa fundum indebitum dedi, et fructus condico, vel hominem indebitum et hunc

sine fraude modico distraxisti; nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio habes; vel meis sumtibus pretiosiorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Zum Theil abweichender Meinung ist Erxleben S. 182 fg. [195 fg.], indem er L. 26. §. 12. cit. durch Vergleichung mit L. 1. §. ult. L. 2. D. depos. 16. 3. (§. 285. not. i.] erklärt, nicht bedenkend, daß die condictio indebiti keine bonae fidei actio war und daß die Erfüllung einer stricten Obligatio auf dare oportere an sich nicht unmöglich wird durch Veräußerung der zu gebenden Sache. Doch stimmt mit Erxleben Brinz 1. Aufl. S. 404 fg., und dieselbe Ansicht ist seitdem ausführlich vertheidigt von Witte a. a. O. S. 139 . . 154, dem auch, obwohl dessen Argumente größtentheils ablehnend, Voigt S. 319 fg. beistimmt. Der gegen diese Anm. gerichteten Bemerkung Witte's S. 148. A. 1. stelle ich nur die Frage entgegen, ob er wirklich annehme, daß der Erbe desjenigen, welcher fundum dari promisit, mit der condictio certi „si paret fundum dare oportere" belangt, nur zur Zahlung dessen, quod ex pretio habebat, verurtheilt werden konnte, wenn er unkundig des Versprechens seines Erblassers sine fraude fundum modico distraxit? Wo nicht, so kann er auch nicht L. 26. §. 12. cit. durch Bezugnahme auf L. 1. §. ult. cit. erklären. Mandry im civ. Arch. XLVIII. 9. [S. 220 fg.] bemerkt mit Recht, daß bei Empfang von vertretbaren Sachen nicht schlechthin tantundem als Gegenstand der Condictio zu bezeichnen sei, daß vielmehr der Empfänger, dem die empfangenen Species durch zufälligen Verlust und ohne bleibenden Gewinn entzogen sind, von Ersatzverbindlichkeit frei sei: arg. L. 65. §. 6. L. 58. D. h. t. Er stimmt aber sonst mit Witte überein, daß die Condictio nicht auf die noch fortdauernde Bereicherung sich beschränke, indem er in L. 26. §. 12. cit. das quod ex pretio habes von dem Erhaltenhaben, nicht von dem fortdauernden Haben des Preises versteht. Vgl. dagegen Windscheid §. 424. A. 3. Vangerow §. 625. A. 8. (7. Aufl. S. 404 fg.). Sintenis §. 109. A. 101. [Pfaff in d. österr. Ger.-Ztg. 1868. Nr. 30 . . 35. Brinz §. 300. S. 515 fg. Pfersche S. 137 fg.]

[10] Dieser Fall war nach älterem Recht einer von denjenigen, und zwar der vorzüglichste, in welchen lis infitiando crescebat in duplum. Dieses ist im Justinianischen Recht beseitigt, jener Satz aber (not. zz.) beibehalten. Er hindert nicht die Wiedererlangung des Gezahlten mittels der Richtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil, arg. L. 11. D. de appell. 49. 1. Vgl. Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. XIV. S. 322 fg. Gegen die Meinung, daß auch im Fall irrthümlicher Annahme eines wirklich gar nicht gefällten Urtheils die Condictio ausgeschlossen sei (Vangerow A. 1. S. 394. arg. L. 36. c. m. D. 10. 2.), s. Sintenis §. 109. A. 46. Witte a. a. O. S. 95 fg., Windscheid §. 426. A. 17. [und jetzt auch Brinz §. 304. A. 28.] — Ueber die Zweifel gegen die prakt. Gültigkeit der Ausnahmen in not. z. zz. Holzschuher III. S. 563 fg. — Zweifelhaft ist die Bedeutung des Satzes: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. L. 42. D. h. t. L. 46. D. de R. J. cf. L. 3. §. 14. D. de tab. exhib. 43. 5. L. 1. §. 2. D. de lege Jul. amb. 48. 14. Unterholzner I. §. 247. not. d. II. §. 318. not. s. §. 322. not. g. Vangerow a. a. O. S. 396. Brinz 1. Aufl. S. 415. [2. Aufl. A. 28 a. Karlowa d. röm. Civilprozeß zur Zeit d. Legisactionen 1872. S. 200.]

## §. 342.

### 2) Condictio causa data causa non secuta[a].

Wer etwas gegeben hat, unter Voraussetzung eines künftigen Umstandes, kann, wenn dieser nicht eintritt, mittels der condictio causa data causa non secuta oder condictio ob causam dati causa non secuta[1] das Gegebene nebst Früchten und anderem Zuwachs[b] zurückfordern. Die Bedingungen dieser Klage sind: 1) daß unter erklärter Voraussetzung eines künftigen Erfolgs, ohne Unsittlichkeit des Gebers oder Empfängers, d. i. ob rem oder ob causam futuram, non inhonestam[2], dem einen von dem andern eine Vermögensvermehrung gewährt worden sei[c]; diese causa futura mag in Handlungen des Empfängers[d] oder in andern Umständen[e] bestehen; 2) daß jener Erfolg ausbleibe, causa non secuta[f], es sei durch Schuld des Empfängers oder aus Zufall[g]. Besteht jedoch die in Aussicht genommene Thatsache in einer dem Empfänger auferlegten Leistung, so findet die Condictio in der Regel nicht statt[h], wenn ihm jene ohne seine Schuld unmöglich geworden ist[3]. Auch die Sinnesänderung[3a] des Gebers kann nach besonderer Beschaffenheit des Geschäfts die Klage erzeugen, insofern nämlich der Eintritt des Erfolges, in Beziehung auf welchen gegeben ist, nach der Natur der Sache oder nach besonderer Festsetzung von der Willkür des Gebers abhängig ist[i]. Die Verpflichtung des Empfängers geht auf Rückerstattung des ganzen Vortheils, den er unmittelbar oder mittelbar durch das Empfangene erlangt hat[k], sofern er nicht dasselbe ganz oder zum Theil der Bestimmung des Gebers gemäß schon wirklich verwendet hat[l], oder ohne seine Schuld durch das Geschäft einen Verlust erlitten hat[m], oder ihm die Rückerstattung, ebenfalls ohne seine Schuld[n], unmöglich geworden ist.

Anm. [1] Vgl. überhaupt Wächter doctrina de condictione causa data causa non secuta (§. 285. A.), sodann vorzüglich Erxleben die condictiones sine causa, 2. Abth., die condictio causa data causa non secuta. 1853., dazu jetzt Voigt a. a. O. §. 76. 78. 79. vgl. mit §. 58. 65., gegen diesen aber Witte in Schletter's Jahrb.

[a] Dig. de condictione causa data causa non secuta. 12. 4. Cod. de condictione ob causam datorum. 4. 6. [b] L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 38. §. 1 . . 3. D. de usur. 22. 1. [c] L. 1. pr. D. h. t. cf. L. 4. 10. eod. L. 1. pr. §. 1. 2. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 18. §. 1. L. 31. §. 3. D. de m. c. donat. 39. 6. L. 4. Cod. h. t. [d] L. 3 . . 5. 11. D. h. t. [e] L. 1. §. 1. L. 2. 7. §. 1. L. 10. 14. eod. [f] L. 1. §. 1. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. [g] L. 2. 7. §. 1. L. 10. D. h. t. L. 3. §. 5. eod. [h] L. 10. 11. Cod. h. t. L. 3. §. 3. L. 5. pr. D. eod. L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. — L. 8. Cod. h. t. — L. 16. D. h. t. [i] arg. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1. L. 10. D. de spons. 23. 1. L. 7. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 8. D. h. t. L. 35. §. 4. D. de m. c. don. 39. 6. [k] L. 7. §. 1. L. 12. D. h. t. L. 13. pr. L. 18. §. 1. 3. L. 31. §. 3. 4. D. de m. c. don. 39. 6. [l] L. 5. pr. §. 2. D. h. t. [m] L. 5. §. 3. 4. eod. [n] L. 19. 37. §. 1. L. 39. D. de m. c. donat. cf. L. 5. §. 2. cit. L. 38. §. 1. D. de usur. 22. 1.

X. S. 18 fg. Windscheid §. 427 . . 429. [Wendt Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft 1. Die cond. ex poenit. Beitrag z. L. vom dare ob causam. 1878. Brinz 2. Aufl. §. 303. Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 320 fg.] — Die fragliche Klage wird in der Ueberschrift des Cod. h. t. „condictio ob causam datorum", wobei „causa non secuta" hinzuzudenken ist, in der Ueberschrift der Dig. h. t. „condictio causa data causa non secuta" genannt. Ueber die Erklärung dieser Bezeichnung vgl. Pagenstecher in d. Heidelb. krit. Ztschr. II. S. 60 fg. Witte Bereicherungsklagen. S. 63. A. 14. Voigt S. 490. vgl. S. 550. A. 463. S. 621. A. 547. Als Ziel der Klage wird sonst auch bezeichnet: „quidquid ob causam datum est causa non secuta restitui", L. 5. Cod. h. t., oder „ut . . . repetatur quod datum est quasi ob rem datum re non secuta", L. 5. §. 1. D. de praescript. verb. 19. 5. u. a.

2 L. 1. pr. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. Omne, quod datur, aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam . . . §. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. Cf. L. 52. D. de cond. indeb. 12. 6. Damus aut ob causam aut ob rem. Ob causam, praeteritam; veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut etiam, si falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur; quo non sequente, repetitio competit. Aber: L. 3. §. 7. D. h. t. . . quamquam constet . . . eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum. Cf. L. 7. Cod. h. t. L. 25. Cod. de transact. 2. 4. Die einzelnen Fälle kann man mit Erxleben S. 49 fg. in drei Classen eintheilen: a) wenn das Gegebene unmittelbar durch sich selbst einen Zweck bestimmter Art erfüllen soll, dies aber noch vom Hinzutreten gewisser anderer Umstände abhängt; dahin gehört *α)* dotis datio vor der Ehe. L. 6 . . 10. D. h. t. L. 1. Cod. h. t. L. 7. §. 3 . . L. 9. pr. L. 10. §. 4. 5. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. u. a. *β)* Schenkung unter Verlobten. L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. Fragm. Vat. §. 262. cf. L. 15. 16. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. *γ)* mortis causa donatio. L. 12. D. h. t. L. 35. D. de m. c. don. 39. 6. *δ)* implendae conditionis causa datum. L. 1. §. 1. L. 2. D. h. t. L. 65. pr. §. 3. D. de cond. indeb. 12. 6. *ε)* Erfüllung oder Sicherstellung einer noch nicht eingetretenen oder noch ungewissen Verbindlichkeit in Erwartung ihres Eintritts oder ihrer Feststellung. L. 13. 15. D. h. t. L. 7. Cod. de n. n. p. 4. 30. L. 3. §. 5. D. de collat. bon. 37. 6. *ζ)* Ausstellung einer Empfangsbescheinigung vor der Zahlung (§. 262. 282.), welcher Fall jedoch auch unter §. 345. A. 1. gestellt werden könnte. *η)* Zahlung in Erwartung nachfolgender Befreiung, insbesondere Zahlung an den Stellvertreter in Erwartung der Genehmigung des Gläubigers. L. 2. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 26. §. 13. 14. D. de cond. indeb. 12. 6. [Zu diesen Stellen oben §. 204. Abs. 1. a. E.] L. 14. D. h. t. L. 58. pr. D. de solut. 46. 3. b) Wenn etwas gegeben ist, damit es der Empfänger in bestimmter Weise verwende, sei es zur Erfüllung eines Auftrages (L. 5. pr. §. 1. 2. L. 11. D. h. t.) oder als donatio oder legatum sub modo (§. 74.). c) Wenn etwas gegeben ist, um den Empfänger sonst zu einem gewissen Thun oder Unterlassen zu bestimmen, was ebenfalls unter den Begriff der donatio oder des legatum sub modo fallen, aber auch sonst auf Erzielung einer bestimmten Leistung gerichtet sein kann, z. B. L. 4. 5. 11. Cod. h. t. Unter den letzten Gesichtspunkt stellen sich nach R. R. auch die ungenannten Contracte (§. 285.).

Vgl. noch überhaupt Windscheid Voraussetzung S. 19 fg. 88 fg. 158 fg. [Brinz a. a. O.] Zu theilweise abweichenden Resultaten gelangt Voigt a. a. O., zufolge seines falschen Begriffs der causa und darauf gegründeter Construction (§. 341. A. 2. 7.).

3 Vgl. Vangerow III. §. 591. [bes. S. 208 fg.] Windscheid a. a. O. S. 177 fg. und Pand. §. 100 a. E. Erxleben S. 386 fg. Brinz 1. Aufl. §. 97. Witte Bereicherungsklagen S. 104 fg. Seuffert's Arch. XVI. 108. — Ueber die Frage, was der Kläger zu beweisen habe? ob auch, daß causa non secuta sei? Erxleben S. 499 fg.; dagegen Windscheid a. a. O. S. 189. Bähr die Anerkennung S. 64 [2. Aufl. 68] fg.; gegen diese Brinz a. a. O. S. 411. Witte a. a. O. S. 169 fg., und dagegen andrerseits wiederum Gerber Beitr. z. L. v. Klaggrund S. 125 fg. Mazen über Beweislast S. 254 fg. Windscheid krit. Vjschr. I. S. 121 fg. 181 fg. Pand. §. 429. A. 1. [Vgl. noch Wendt a. a. O. bes. §. 8.]

[3a Brinz 2. Aufl. §. 303. A. 34.]

## §. 343.

### 3) Condictio ob turpem causam.

Was Jemand um eines künftigen Erfolgs willen unsittlicher Weise (ob turpem causam) empfangen hat, kann der Geber, falls nicht auch das Geben aus jenem Grunde eine Unsittlichkeit war, durch diese Klage zurückfordern, gleichviel, ob jener Erfolg eingetreten ist oder nicht[a].

Anm. L. 1. §. 2. D. h. t. 12. 5. Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest. L. 3. eod. Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male iudicetur. L. 4. §. 3. eod. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Vgl. Voigt a. a. O. S. 567 . . 569. 631 . . 634. [Brinz 2. Aufl. §. 302 a. E.] Seuffert's Arch. I. 195. 196. II. 19. III. 20. IV. 231. VIII. 25. 119. XIII. 14. XIV. 124. XVI. 100. Ist ex turpi causa noch bloß versprochen worden, so steht der Klage auf Erfüllung doli exceptio entgegen, auch wenn zugleich auf Seiten des Versprechenden eine turpitudo obwaltet. L. 1. Cod. h. t. L. 8. D. h. t. L. 134. pr. D. de V. O. 45. 1.

## §. 344.

### 4) Condictio ob iniustam causam.

Mit dieser Klage kann dasjenige, was Jemanden zufolge seiner widerrechtlichen Handlungsweise oder auch vermöge eines vom Rechte

a L. 1 . . 5. L. 8. 9. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. 12. 5. Cod. de condictione ob turpem causam. 4. 7. cf. L. 5. pr. D. de cond. sine causa. 12. 7. L. 5. §. 1. D. de calumn. 3. 6.

mißbilligten Rechtsgeschäfts aus dem Vermögen eines Andern zugekommen ist, durch den Verlierenden zurückgefordert werden[a].

Anm. L. 6. D. h. t. 12. 5. Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium, id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici. In qua sententia etiam Celsus est. L. 7. eod. Ex ea stipulatione, quae per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat (§. 333.). L. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1 ... quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur: ex quibus causis condictio nasci solet. Cf. L. 21. §. 1. D. de donat. 39. 5. Gegen den Zweifel, ob es eine von der cond. ob turpem causam verschiedene cond. ex iniusta causa gebe? s. Vangerow III. §. 627. Der Ausdruck „quod ex iniusta causa apud aliquem sit“ und eben so „ex non iusta causa“ ist wohl von Sabinus in L. 6. cit. und sonst in einem allgemeineren, auch andere Condictionsfälle begreifenden Sinne gebraucht worden; die condictio ob iniustam causam kommt aber unverkennbar auch in engerer Bedeutung vor, im Gegensatz gegen andre Fälle (§. 341 .. 343.), ist jedoch gegen die condictio sine causa nicht strenge abgeschieden (§. 345. A. 2. b.). Witte a. a. O. S. 42 fg. Keller Pand. §. 302. 303. Voigt S. 244 fg. S. 549. A. 461. S. 622. A. 550. S. 626 .. 631. Witte in Schletter's Jahrb. X. S. 22 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 302 a. A.]

## §. 345.

### 5) Condictio sine causa[a].

Diese Klage findet überhaupt statt, wenn Jemand ohne rechtfertigenden Grund etwas hat auf Kosten des Vermögens eines Andern[1], sei es, daß es an solchem Grunde des Erwerbes von Anfang an fehlte[2], oder daß der anfangs vorhandene Grund später weggefallen ist[3].

Anm. [1] In allgemeinerem Sinne begreift die condictio sine causa alle Condictionen nach §. 341 .. 344. — L. 1. D. h. t. 12. 7. Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. §. 1. Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. §. 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, sciendum est, condictioni locum fore. §. 3. Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam. — In engerem Sinn bildet sie einen Gegensatz gegen die speciell charakterisirten Fälle. Vgl. Kiesselbach in d. dogmat. Jahrb. V. 1. Windscheid §. 424. A. 1. [Brinz 2. Aufl. §. 305.]

[2] Fälle dieser Art sind z. B. a) wenn um eines rechtlich unmöglichen Erfolges willen etwas gegeben ist, L. 5. pr. §. 1. D. h. t.; oder b) vermöge eines nichtigen Geschäfts, L. 6. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 21. in f. D. de donat. 39. 5.

[a] L. 6. 7. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam. 12. 5. L. 3. Cod. de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. 4. 9. cf. L. 13. §. 1. D. depos. 16. 3.

[a] Dig. de condictione sine causa. 12. 7. cf. Cod. 4. 9.

(§. 81. A. 2.) L. 18. Cod. de usur. 4. 32. (§. 209. not. f.). L. 23. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 269. not. p.), vgl. §. 344. A.; c) wenn Jemand durch unberechtigte Veräußerung der Sache eines Andern einen Gewinn gemacht hat, während diesem auch die Vindication entzogen ist, L. 23. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. Cod. de reb. alien. 4. 51. [Vgl. Ihering Abh. S. 78 fg.; und in den dogm. Jahrb. XVI. 6.; dagegen Windscheid Zwei Fragen aus der Lehre v. d. Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. 1878. S. 4 fg. Pand. 5. Aufl. §. 422. a. E. und A. 8. Dazu Krüger im civ. Arch. LXIII. 18. S. 379 fg. Eisele im civ. Arch. LXVI. 1. S. 1 fg. Brinz 2. Aufl. §. 302. A. 8. 9.]; d) die Fälle in §. 280. A. 4. d. §. 341. A. 6. a. cf. L. 34. pr. D. de minor. 4. 4. Man vgl. übrigens noch §. 152. A. 4. §. 155. A. 4. — Enger beschränkt das Gebiet der condictio sine causa Voigt §. 80., gegen dessen verkünstelte Construction sich mit Recht Witte a. a. O. [X. S. 19 fg.] erklärt. [Auch Brinz a. a. O. A. 8. will die Fälle b. c. nicht in diesen Zusammenhang gestellt wissen.]

[3] Dahin gehört u. a. a) der Fall, wenn Jemand für eine abhanden gekommene Sache von einem Andern Entschädigung erhalten und nachher die Sache selbst wieder bekommen hat, L. 2. D. h. t.; b) die Rückforderung der Schuldurkunde nach Tilgung der Schuld, L. 2. Cod. h. t.; c) desgleichen der Arrha nach Vollziehung des Geschäfts, wegen dessen sie gegeben (§. 240. not. g.), und d) des Gegenstandes des Quasiusufructus, nach Beendigung desselben, wenn keine Caution geleistet war, L. 5. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. (§. 181.) Ueberhaupt vgl. Vangerow III. §. 628. mit Brinz 1. Aufl. §. 99. In den Fällen dieser Art kann die Klage auch insbesondere condictio *causa finita* genannt werden. Voigt §. 77. Windscheid §. 423. A. 12.

## §. 346.

### B. Actio ad exhibendum[a] [1].

Wer wegen Geltendmachung eines dinglichen[b] oder persönlichen Anspruchs[1a] auf eine Sache[c] ein rechtliches[2] Interesse[d] an deren Vorzeigung oder Vorlegung[e] hat, kann darauf den Inhaber derselben[f] mit der actio ad exhibendum belangen, die als arbitraria actio[g] zunächst auf wirkliche Vorlegung der Sache[h], wozu nach Umständen Trennung[2a] derselben von einer andern gehört[i 2b], eventuell auf Ersatz des nach Umständen durch Schätzungseid, [nach der R.C.Pr.O. eidliche Schätzung][k] festzustellenden Interesse wegen verschuldeter Vorenthaltung[l] gerichtet ist. Als Klage auf das Interesse findet sie auch gegen den fingirten Besitzer[3] oder Inhaber statt[m]. Ob ein Interesse des Klägers begründet sei, soll vorerst durch summarische Untersuchung ermittelt werden[n]. Bestreitet der Beklagte nicht das Recht des Klägers und legt sich selbst

[a] Dig. ad exhibendum. 10. 4. Cod. 3. 42. [b] L. 1. 3. §. 3. 4. 12. D. h. t. [c] L. 3. §. 1. 5.. 7. eod. [d] L. 3. §. 11. L. 19. eod. cf. L. 3. §. 14. eod. [e] L. 2. eod. L. 22. D. de V. S. [f] L. 3. §. 15. L. 4. 5. D. h. t. [g] §. 31. J. de action. 4. 6. [h] L. 2. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 9. §. 5. eod. [i] L. 6. 7. pr. §. 1. eod. (§. 152.). [k] L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. eod. [R.C.Pr.O. §. 260.] (§. 115. 3.). [l] §. 31. J. cit. L. 9. §. 8. D. h. t. [m] L. 9. pr... §. 4. L. 14. D. h. t. (§. 166.). [n] L. 3. §. 9. 13. eod.

keines bei, weshalb er die Restitution der Sache verweigern könnte, so kann dem Erfolg nach auch diese sofort durch die actio ad exhibendum erzielt werden[4].

Anm. [1] L. 2. D. h. t. *Exhibere* est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, *experiundi* sit copia. [L. 3. §. 8. D. 43. 5: „materiae ipsius adprehendendae copiam“ cf. L. 3. §. 9. cit.] L. 22. D. de V. S. Plus est in restitutione, quam in exhibitione; nam exhibere est praesentiam corporis praebere; restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere; pleraque praeterea restitutionis verbo continentur. [Doch dient die Exhibition einem eventuellen Restitutions-Anspruch.] — Demelius die Exhibitionspflicht, 1872 (vgl. Brinz krit. Vjschr. XIV. S. 295 fg.). [Pand. 2. Aufl. §. 324. Alfelter d. a. a. exh. und ihre Bedeutung für das heut. Proceßr. 1880. Lenel das ed. perpet. S. 172 fg.]

[1a „Oder persönlichen“? Dagegen überzeugend Demelius §. 29. 30., dem Brinz zustimmt (a. M. Windscheid §. 474. N. 8.). Noxalklagen und das (alte) interd. utrubi — die einzigen sicher bezeugten Fälle — sind antiquirt. Zumeist soll die a. ad exhib. eine Vindication vorbereiten. L. 1. D. h. t.: ... maxime propter vindicationes inducta .. L. 3. §. 3... ei competit, qui in rem acturus est. S. Anm. 2 a. Vgl. nun Brinz §. 324. S. 680 fg., der auch die Exhibitionspflicht selber nicht als obligatio auffaßt, sondern die a. a. exh. jenen Zwangsrechten anreiht, „welche als integrirende Bestandtheile dinglicher Rechte vorkommen“. S. 687 fg. u. A. 47.]

[2] L. 19. D. h. t. Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit: non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire (§. 7. A. 7.); nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi, quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset. Jedoch [s. Anm. 4. und] L. 3. §. 14. eod. Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit; hae rationes a te possidentur; desidero eas exhiberi. Ait Julianus, si quidem in mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum . . . Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri; in factum igitur mihi actionem competere. [Demelius S. 13 fg. 31 fg. 128 fg. Brinz §. 324. A. 53. 54.] — Analoge Anwendung der actio ad exhibendum, um die Gestattung der Besichtigung einer unbeweglichen Sache zu erwirken? Seuffert's Arch. XVI. 48. [Dagegen Demelius §. 14.]

[2a Steht vielleicht darum unsere Klage mit den anderen Absonderungsklagen im 10. Buch der Digesten? zugleich ein Argument für „die dingliche Grundlage“ (A. 1a); cf. L. 1. D. 10. 1; L. 1. D. 10. 3.]

[2b Zuweilen entsteht erst durch Absonderung (z. B. L. 6. 7. §. 1. 2. D. h. t., s. oben §. 152, ruhendes Eigenthum) oder Aussonderung (L. 3. §. 6. D. h. t., s. §. 579, Optionslegat) Eigenthum (Vindicationsrecht). Also nicht nur durch Feststellung der Identität der Sache kann die Exhibition die rei vind. präpariren, sondern auch

[4] L. 5. §. 2..5. L. 9. §. 1. 4. eod.

dadurch, daß sie das Eigenthum (und, im alten Processe, die Sache in iure) präsent macht.]

[3] Daß nicht nur gegen den, qui dolo malo possidere desiit, sondern auch gegen den, qui liti se obtulit, die actio ad exhibendum Erfolg habe, wird nicht ausdrücklich bemerkt. Aber die Natur der Sache und die allgemeine Regel in L. 131. D. de R. J. spricht dafür. §. 167. A. 2.

[4] Gegenstand der Exhibition sind häufig Urkunden (A. 2. a. E.) [Demelius §. 26.]. Eine besondere Klage zu diesem Zweck, letzte Willensordnungen betreffend, ist das interdictum de tabulis exhibendis, das gegen den Besitzer einer solchen Urkunde demjenigen gegeben wird, der ein rechtliches Interesse an deren Einsicht wahrscheinlich machen oder nöthigenfalls durch den Gefährdeeid bewahrheiten mag. Dig. de tabulis exhibendis. 43. 5. Cod. 8. 7. — Ueber Edition von Urkunden im gerichtlichen Verfahren s. Dig. de edendo. 2. 13. Cod. 2. 1. Seuffert §. 434. Bayer ord. Proc. 8. Aufl. S. 955 fg. [Diese Editionspflicht geht schon im röm. R. (L. 5. 6. 8. Cod. 2. 1.), und vollends in der theils auf mißverstandenen Stellen, theils auf wirklichem Bedürfniß beruhenden gemeinrechtl. Praxis, weit über die Grenzen der Exhibitionspflicht hinaus. Demelius §. 55. R.C.Pr.O. §. 387 fg. Sehr wichtig ist im heutigen Recht die Edition der Handelsbücher (H.G.B. Art. 37 fg.); vgl. L. 4 . . 10. D. de ed. 2. 13. (die argentarii betreffend). Dazu Lenel das ed. perp. S. 50 fg.]

## §. 347.

## C. Klagen auf Gestattung der Wegnahme von Sachen.

Gegen den Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem sich fremde Sachen befinden, sind dem Eigenthümer der letzten, um diese zu erlangen, für gewisse Fälle besondere Klagen gegeben: nämlich 1) das interdictum de *glande legenda*, mit welchem der Grundeigenthümer angehalten werden kann, übergefallene Früchte je einen um den andern Tag[1] gegen cautio damni infecti auflesen zu lassen[a]; 2) actio oder interdictum de *thesauro*[b], auf Gestattung der Herausnahme von Sachen, die in des Andern Grundstück vergraben sind, ebenfalls gegen cautio damni infecti[2]; 3) interdictum de *migrando* für den abziehenden Miether, auf Gestattung der Wegnahme seiner nicht verpfändeten Sachen[c]. Verwandt diesen Fällen ist 4) das interdictum de *arboribus caedendis*[d] auf Gestattung der Behauung oder Wegnahme eines der Grenze zu nahe stehenden fremden Baumes[3], welche dem ungebührlich beschwerten Grundeigenthümer zusteht, wenn der Eigenthümer des Baumes nicht selbst auf Verlangen dem Uebelstande abhilft.

Anm. [1] L. un. D. h. t. 43. 28. Ait praetor: *Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto.*

[a] Dig. de glande legenda. 43. 28. cf. L. 9. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. (§. 131. A. 1. Nr. 2.). [b] L. 15. D. ad exhib. 10. 4. [c] Dig. de migrando. 43. 32. (§. 312. [373. A. 3. d.]) [d] Dig. de arboribus caedendis. 43. 27. (§. 131. A. 1. Nr. 1.).

§. 1. Glandis nomine omnes fructus continentur. Streitfrage: ob die Worte „*tertio quoque die*“ auf einen Zwischenraum von zwei freien Tagen zu deuten seien? Huyet im civ. Arch. XVII. S. 64 fg., oder „einen Tag um den andern“ bedeuten? Thibaut civ. Abh. S. 1 fg. Savigny IV. S. 606 fg. A. g. Vangerow I. §. 297. (7. Aufl. S. 545.). [Voigt die XII Tafeln II. §. 151.] Vgl. übrigens Grimm in d. Ztschr. für gesch. Rtsw. III. 11.

[2] Ueber einen Fall dieser Art vgl. Seuffert's Arch. IV. 10. 11.

[3] L. 1. pr. D. h. t. 43. 27. Ait praetor: *Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quominus eam adimas, tunc, quominus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto.* §. 7. Deinde ait praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quominus illi ita coercere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.* §. 8. Quod ait praetor, et lex XII. tabb. efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur, et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret. §. 9. Differentia duorum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur; si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. Vgl. L. 2. D. eod. Si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege XII. tabb. de adimenda ea recte agere potes, ius ei non esse ita arborem habere. — Streitfrage: ob das Interdict in §. 7. sich beziehe auf die Aeste über 15 Fuß? Hugo R. Rtsgesch. S. 204 [10. Aufl. S. 179] fg. Bekker im Jahrb. d. gem. Rechts V. S. 170 fg. (vgl. Basil. LX. 16. cap. 13. ed. Heimb. V. p. 560.); oder auf die bis zur Höhe von 15 Fuß? Dirksen in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. II. S. 424 fg. [Voigt a. a. O. II. S. 632. A. 3.]; sodann nach der zweiten Meinung: ob der Eigenthümer nicht doch auch die Beseitigung der überhängenden Aeste über 15 Fuß fordern könne? Huyet im civ. Arch. XVII. S. 31 fg. Dagegen Vangerow §. 297. A. Nr. 4. — Analoge Anwendungen wegen Baumwurzeln: L. 1. Cod. de interd. 8. 1. Vgl. noch Massot im prakt. Arch. n. F. VIII. 12. [S. 281 fg.]

## §. 348.

### D. Verbindlichkeit zum Unterhalt einer Person.

Die Verbindlichkeit, Jemanden das Erforderliche zum Unterhalt zu gewähren, Alimentationsverbindlichkeit, wird kraft des Gesetzes[1] durch Verwandtschaft begründet[a]. Es haben diese Pflicht zunächst der Vater, dann die Mutter, und weiterhin die väterlichen und mütterlichen Ascendenten gegen die Kinder[2], aber auch umgekehrt in gleichem Verhältniß diese gegen jene[b], vorausgesetzt[c] Bedürftigkeit auf der einen, hinlängliches Vermögen auf der andern Seite[3]. Der Umfang der Verbindlichkeit ist nach der Sitte und nach Stand und Vermögen der betheiligten Personen durch richterliches Ermessen (extraordinaria cogni-

[a] Dig. de... alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis. 25. 3. Cod. de alendis liberis ac parentibus. 5. 25. [b] L. 5. 8. D. h. t. Nov. 117. cap. 7. [c] L. 5. §. 7. 19. L. 9. D. h. t. L. 2..4. Cod. h. t. L. 8. §. 4. i. f. §. 5. i. f. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

tione, §. 100. not. e.) zu bestimmen[4]. Durch schlechtes Betragen[4] kann der Anspruch auf Unterhalt verloren werden[5].

Anm. [1] [Mandry Gem. Fam. Güterr. I. S. 246 fg.] Eine Alimentationsverbindlichkeit kann außerdem auch begründet werden durch Vertrag oder Vermächtniß, vgl. Dig. de alimentis vel cibariis legatis. 34. 1. [auch Sonnenschmidt Prakt. Erört. Nr. 15.]; sodann durch Delict, als Theil der Schadenersatzpflicht, L. 7. D. de his qui effud. 9. 3. (§. 324 . . 327.). [Vgl. überhaupt Buengner zur Theorie und Praxis der Alim.Pflicht. 1879. Drbr. Sternlicht in d. Wiener Ztschr. IX. S. 196 fg.]

[2] Gegen die in den früheren Ausgaben gebilligte Ansicht, daß die väterlichen Ascendenten vor der Mutter haften: Windscheid §. 475. A. 5. — Zwischen unehelichen Kindern und ihrem Erzeuger besteht die Verbindlichkeit nach R. R. nicht, L. 7. D. h. t.; ausgenommen für Concubinenkinder nach Nov. 89. cap. 12. §. 4. 6. cap. 13.; insbesondere nicht für Kinder ex damnato coitu, Nov. 89. cap. 15. Nach canonischem Rechte aber ist der Erzeuger überhaupt den anerkannten unehelichen Kindern, selbst adulterinis, Alimente zu geben schuldig, cap. 5. i. f. X. de eo qui duxit. 4. 7.; und die gemeinrechtliche Praxis gibt denselben auch eine Klage auf Alimentation gegen den muthmaßlichen Erzeuger, der sie nicht freiwillig anerkennt. Diese Verbindlichkeit wird aber von Vielen als eine obligatio ex delicto (des Beischlafs mit der Mutter des Kindes) angesehen, und sind die näheren Bestimmungen darüber sehr streitig. Vgl. Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft 1836. Holzschuher I. S. 504 fg. Schoeman in Linde's Zeitschr. n. F. I. 4. Windscheid §. 475. A. 15 fg. Die Praxis gibt außerdem auch der geschwächten Frauensperson eine Entschädigungsforderung gegen den Stuprator, die entschieden als obligatio ex delicto (des unehelichen Beischlafs) zu betrachten ist. Seuffert §. 427. 428. Gett a. a. O. [S. 5 . . 81.]. Holzschuher I. S. 484 fg. Vgl. Seuffert's Arch. I. 88. 153. 227. 228. II. 4. 44. 55. 56. 118. 186. 296. III. 60. 175. 254. 266. IV. 49. 50. 51. 148. 230. 234. 255. V. 175. 176. 290. VI. 47. 200. 201. VII. 49. IX. 165. 247. X. 54. 263. XII. 162 . . 164. 333. XIII. 145. 316. XIV. 39. 40. XV. 98. XVII. 247. [Sonnenschmidt Prakt. Erört. Nr. 22. Hie und da verpflichtet die Praxis sogar den Vater zur Alimentation der unehelichen Kinder seines Sohnes: Sonnenschmidt Nr. 14.] — Zur legislativen Beurtheilung dieser Verhältnisse vgl. Arndts in d. krit. Jahrb. X. S. 289 (civ. Schr. III. S. 321) fg., insbesondere Gett theoret. prakt. Ausf. z. L. über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der außerehel. Kinder sowie der Deflorationsentschädigung. 1851. Arnold über Beschränkung der Deflorations- und Alimentations-, dann der Injurienklagen. 1851. Ueber beide Schriften s. kritische Ueberschau I. S. 310 fg. Vgl. noch Emminghaus im prakt. Arch. n. F. VIII. Abh. 8. [S. 176 fg.]

[3] Manche nehmen auch unter Geschwistern gegenseitig eine Alimentationspflicht an: Thibaut Vers. I. 12. arg. L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. de adm. tut. 26. 7. L. 4. D. ubi pupill. 27. 2. L. 1. §. 2. D. de tut. act. 27. 3. . . . Sed nonnullos casus posse existere, quibus sine reprehensione tutor auctor fit pupillo ad diminuendum, decreto scilicet interveniente; veluti si matri aut sorori, quae aliter se tueri non possunt, tutor alimenta praestiterit; nam cum bonae fidei iudicium

[4] L. 5. §. 7. 10 . . 12. 25. 26. D. h. t. cf. L. 43. 44. 234. §. 2. D. de V. S. [5] L. 5. §. 11. 23. D. h. t.

sit, nemo feret... aut pupillum aut substitutum eius querentes, quod tam coniunctae personae alitae sint. Quinimo per contrarium putat posse cum tutore agi tutelae, si tale officium praetermiserit. Dagegen Müller im civ. Arch. XIII. 13. Puchta §. 316. [not. h.] „Diese Stellen enthalten nichts davon, die letzte vielmehr das Gegentheil". (?)

4 Dies ist nicht blos auf die Enterbungsgründe nach Nov. 115. einzuschränken: Puggé im Rh. Museum III. S. 559 fg. Holzschuher I. S. 707 fg. [Vgl. auch Wächter II. S. 598. A. 8. und dazu Seuffert's Arch. XXXVII. 39.]

---

## Drittes Capitel.

### Von Sicherung der Forderungen durch Bürgschaft.

### §. 349.

### I. Begriff der Bürgschaft.

Für die Verwirklichung einer Forderung kann dem Gläubiger eine größere Sicherheit dadurch gewährt werden, daß außer dem eigentlichen Schuldner (Hauptschuldner, principalis debitor) noch ein Anderer zu derselben Leistung nebenbei (accessorisch) verpflichtet wird und daher dem Gläubiger, sofern er nicht durch den Hauptschuldner befriedigt wird, für die Erfüllung haftet. Eine vertragsmäßige Verpflichtung dieser Art heißt Bürgschaft, Verbürgung[1]. Sie unterscheidet sich von der Bestärkung einer Obligation durch den Schuldner (§. 240.) darin, daß noch ein Andrer als dieser selbst, für die Erfüllung der Verbindlichkeit desselben einsteht; von dem allgemeinen Charakter der solidarischen und Correalobligationen (§. 213..215.) dadurch, daß die Verpflichtung des Bürgen im Verhältniß einer accessorischen zu der des Hauptschuldners steht und diese voraussetzt, während sonst mehrere Personen gleichmäßig und selbständig als Hauptschuldner zu demselben Gegenstande verpflichtet erscheinen[2].

Anm. 1 Vgl. überhaupt: die Bürgschaft, nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt von W. Girtanner. 1850. 51. Hasenbalg die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.

2 Die Eingehung einer Correalschuld kann allerdings materiell immerhin eine Verbürgung des einen für den andern Correalschuldner oder beider für einander gegenseitig bezwecken und enthalten, indem Jemand, den das Schuldverhältniß seinem Grunde nach eigentlich gar nicht oder nur zum Theil angeht, gleichwohl für das Ganze sich verpflichtet. Aber eine Bürgschaft im eigentlichen Sinne ist dies nicht, sofern nicht dem Gläubiger gegenüber der eine als Hauptschuldner, der andere als accessorisch Verpflichteter auftritt. Girtanner S. 315 fg.

## II. Formen der Verbürgung.

### A. Nach römischem Recht.

### §. 350.

#### 1) Fideiussio[a].

Die vorzüglichste Form der Verbürgung nach römischem Recht ist die fideiussio[a], d. i. eine in Stipulationsform[1] eingegangene Verpflichtung, für die Erfüllung der Schuldverbindlichkeit, die Zahlung der Schuld eines Andern, einzustehen[b]. Als accessorische Obligatio[c] ist sie bedingt durch das Dasein einer Hauptschuld[d], wie immer dieselbe entstanden sein möge[e], obwohl die Stipulation schon voraus für eine künftige Hauptschuld geschehen kann[f]. Auch ist die Fidejussio für eine naturalis obligatio vollkommen gültig[g], und kann also der Fidejussor wirksamer verpflichtet werden, als der Hauptschuldner[2]. Aber die Fidejussio ist ungültig, wenn sie unbedingt für eine bedingte Schuld eingegangen wird[h], oder unter einer andern Bedingung als diese, falls jene früher in Erfüllung geht[i], desgleichen, wenn sie auf etwas Anderes[k] oder auf Mehr[l], als die Hauptschuld gerichtet ist, oder in anderer Beziehung, z. B. rücksichtlich der Zeit- oder Ortsbestimmung, beschwerender als diese (fideiussio in *duriorem causam*) ist[m], während umgekehrt eine erleichternde Abweichung von dem Inhalt der Hauptschuld (fideiussio in leviorem causam) zulässig ist.[3] Die gültige Fidejussio erzeugt eine actio ex stipulatu gegen den Fidejussor, der vergleichbar einem Correus des Hauptschuldners[4] verpflichtet ist[n].

Anm. [1] Die gewöhnliche Formel der Stipulation zu diesem Zweck war: *Idem fide tua esse iubes?* mit der Antwort: *fide mea (esse) iubeo;* daher der Name fideiussio. Gai. III. 116. IV. 137. cf. §. 7. J. h. t. L. 8. pr. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. L. 10. Cod. de contrah. stip. 8. 37 (38). Eine allgemeinere Benennung ist adpromissor. L. 43. D. de solut. 46. 3. L. 5. §. 2. D. de V. O. 45. 1. — Ueber *sponsio* und *fidepromissio* als besondere Formen der Bürgschaft durch Stipulation (adpromissio) im ältern Recht vgl. Gai. III. 115 . . . 127. Im Justinianischen Recht sind diese mit ihren Eigenthümlichkeiten verschwunden. Spondere, sponsor (sc. pro

[a] Inst. de fideiussoribus. 3. 20. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. Cod. 8. 40 (41).
[b] L. 2. pr. (in pr.) Cod. h. t. pr. J. h. t. L. 1. §. 8. D. de O. et A. 44. 7. [c] §. 5. J. h. t. [d] L. 70. §. 4. D. h. t. [e] L. 1. 2. L. 8. §. 1 . . 3. 5. 6. D. h. t. cf. L. 4. pr. L. 8. §. 12. eod. [f] L. 6. §. 2. L. 57. D. eod. §. 3. J. h. t. [g] L. 6. §. 2. L. 7. L. 16. §. 3. 4. eod. §. 1. J. h. t. [h] L. 8. §. 7. D. h. t. [i] L. 70. pr. §. 1. D. eod. [k] L. 42. D. eod. cf. α) L. 70. §. 2. eod. β) L. 8. §. 8. eod. γ) L. 38. pr. vgl. mit L. 8. §. 10. eod. [l] §. 5. J. h. t. [m] L. 8. §. 7 . . 10. L. 16. §. 1. 2. L. 34. D. h. t. [n] L. 4. §. 1. D. h. t. cf. L. 116. D. de V. O. 45. 1.

alio) kommt darin als gleichbedeutend mit fideiubere und fideiussor vor, L. 26. pr. (in pr.) Cod. h. t. §. 8. J. de mand. 3. 26. Anderwärts ist jenes gestrichen oder dafür letzteres interpolirt, z. B. L. 16. pr. D. h. t. L. 48. pr. D. de min. 4. 4. cf. Pauli sent. I. 9. §. 5. §. 3. J. quib. mod. toll. obl. 3. 29. cf. Gai. III. 177. Girtanner S. 4 fg. S. 103 fg. vgl. Bekker proc. Consumption S. 182 fg. Hasenbalg S. 3 fg. — Ausnahmsweise wird übrigens schon im R. R. eine gleiche Verpflichtung auch ohne verborum obligatio anerkannt: L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7.

2 Ob auch die Fidejussio für eine ganz ungültige Schuld wirksam sei? vgl. L. 25. D. h. t. Marcellus scribit: Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis est, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit: mit L. 6. D. de V. O. 45. 1 . . . „et ideo nec fideiussor pro eo (*sc. cui bonis interdictum est*) intervenire potest sicut nec pro furioso"; und darüber Girtanner S. 21 fg. Hasenbalg S. 98 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 255. A. 24.]

3 L. 8. §. 7. D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest; enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. Vgl. Gai. III. 126. In eo quoque iure par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur etc. Girtanner S. 27 fg. Bekker S. 195 fg. Hasenbalg S. 180 fg. 208. 212 fg.

4 Die zur Zeit noch vorherrschende Ansicht betrachtet den Fidejussor als wahren Correus des Hauptschuldners. Siehe die Literatur bei Samhaber Correalobl. S. 170. A. 29. Aber in den Quellen ist diese Ansicht nicht begründet, die schon dem Begriff des fideiubere nicht entspricht. Auch können selbst von den Anhängern dieser Ansicht wesentliche Verschiedenheiten der Fidejussio von dem eigentlichen Correalverhältniß, die sich aus der accessorischen Natur der ersten und aus der Verschiedenheit des juristischen Charakters der obligatio fideiussoris, die immer verborum obligatio war, und der Hauptschuld, die eine obligatio quovis modo contracta sein konnte, ergeben, überall nicht verkannt werden. Girtanner S. 39. 74 fg. Dagegen auch Bekker a. a. O. S. 218. 221 fg. u. a. bei Samhaber a. a. O. Dworzak in der krit. Ueberschau IV. S. 69 bemerkt sogar, daß ihm „eine wahrhaft accessorische Correalobligation als eine contradictio in adiecto erscheine". Wenn aber derselbe S. 62. sagt: „der Bürge des alten Rechts ist ein Principalschuldner, im Just. Recht aber ist er nicht mehr correaliter verpflichtet", und darnach anzunehmen scheint, daß erst durch Nov. 4. cap. 1., durch das hier verliehene beneficium excussionis, die obligatio fideiussoris eine wahrhaft accessorische geworden sei, so scheint dabei eine Verwechselung der Begriffe „subsidiarisch" und „accessorisch" zum Grunde zu liegen. Accessorisch ist und bleibt die Obligatio des Fidejussor auch, wenn er auf jene Rechtswohlthat verzichtet, die vor Nov. 4. überall nicht stattfand, es sei denn kraft besonderer Verabredung. Später hat denn auch Dworzak seinen Widerspruch gegen die Correalität der Fidejussio aufgegeben; Haimerl's Vierteljahrsschr. VIII. Lit. S. 59. Dagegen aber vgl. neuerdings Fritz in Linde's Zschr. n. F. XVIII. S. 381 fg. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 262 fg. [Brinz 2. Aufl. II. S. 182 fg. Wächter II. S. 509.]

## §. 351.

### 2) Das sog. constitutum debiti alieni.

Nach prätorischem Recht erzeugte auch die formlose Zusage für eine bestehende Schuld, eine fremde oder eigene, Zahlung zu leisten, eine Klage auf Erfüllung, actio constitutae pecuniae oder constitutoria[a]; nach dem Edict freilich nur in dem Fall, wenn der Schuldgegenstand in vertretbaren Sachen bestand, und in gewissen Fällen mit Beschränkung auf ein Jahr, welche beide Beschränkungen aber durch Justinian beseitigt sind[b]. Eine solche Zusage, in Betreff der Schuld eines Andern gegeben, das sog. constitutum debiti alieni[1], kann nun auch eine Bürgschaft enthalten und eine dem Inhalt nach gleiche Verbindlichkeit erzeugen, wie die formell davon unterschiedene Fidejussio. Mit dieser stimmt jenes darin überein, daß zu seiner Wirksamkeit eine Obligatio vorausgesetzt wird, die wenigstens als naturalis besteht[c] oder doch, wo es voraus eingegangen ist, hinterher entsteht[2], und daß es neben dieser, ohne sie aufzuheben, eine neue (accessorische) Obligatio des Constituenten begründet[d], die auch nicht auf mehr, als die erste, gehen kann[e]. Es unterscheidet sich aber von der Fidejussio dadurch, daß es keine bestimmte Form der Willenserklärung erfordert[f]; daß es nicht, wie die Fidejussio, ungültig ist, wenn unbedingt Zahlung einer bedingten Schuld[g] oder wenn ein höherer Betrag als der der Hauptschuld[h] versprochen ist, vielmehr stillschweigend im einen Fall die Bedingung ergänzt, im andern der Betrag herabgesetzt wird; sodann daß durch Constitutum die Zahlung auch an einem andern Orte und in einem frühern Zeitpunkte[i], oder einem andern als dem bisherigen Gläubiger[k] zugesagt, und selbst etwas anderes als der Gegenstand der Hauptschuld gültig versprochen werden kann[l].

Anm. [1] Ueber das Constitutum überhaupt vgl. die gründliche Abhandlung von Bruns in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. I. S. 28 fg. [Klein. Schr. I. S. 221 fg.] (oben §. 240. A. 4.), über das Constitutum einer fremden Schuld insbesondere und dessen Verhältniß zur Fidejussio das. S. 70. 97 fg. Diese Ausführung legt überzeugend dar, wie das Constitutum ursprünglich nicht blos der Form, sondern dem Wesen nach von der Fidejussio verschieden war, nicht wie diese ein Einstehen für die Erfüllung der fremden Obligatio, sondern nur die Verpflichtung zu einer bestimmten als geschuldet vorausgesetzten Leistung, und zwar ursprünglich mit fester Zeitbestimmung, begründete;

[a] Dig. de pecunia constituta. 13. 5. Cod. 4. 18. cf. Theophil. ad §. 8. J. de action. 4. 6. [b] L. 2. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 1. 6.. 8. L. 3. §. 1. L. 18. §. 1. D. h. t. [d] L. 18. §. 3. cf. L. 19. pr. eod. [e] L. 11. §. 1. L. 12. 13. eod. [f] L. 14. §. 3. eod. [g] L. 19. pr. §. 1. eod. L. 2. §. 1. (pr.) Cod. h. t. [h] L. 11. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 8. L. 2. eod. [i] L. 3. §. 2. L. 4. 5. pr. eod. cf. L. 21. §. 1. eod. [k] L. 5. §. 2. eod. cf. L. 7. §. 1. eod. [l] L. 1. §. 5. D. h. t. cf. L. 14. §. 1. 2. eod.

wie ferner dasselbe auch im neuesten R. Rechte noch als ein einfaches Versprechen zu zahlen, was ein andrer schuldig ist, verschieden von der Verbürgung für diesen, vorkommen könne. Dieselbe erkennt aber zugleich an, daß nach der freieren Ausbildung, die es im neuesten Recht erfahren, das Constitutum auch vollkommen den gleichen materiellen Umfang und Inhalt haben konnte, wie die Fidejussio, und andrerseits ist nicht zu übersehen, daß diese durch besondere Bestimmung auch lediglich auf eine bestimmte Zahlung für den Schuldner, ohne anderweitige Haftung für diesen, beschränkt sein konnte, ja bei einer stricti iuris obligatio quantitatis von selbst darauf beschränkt war. Vgl. Hasenbalg S. 744..816. [Brinz 2. Aufl. §. 257. S. 197 fg., der mehrfach von Bruns abweichend, gleichwohl (A. 17.) erklärt, es solle „die solid fundirte Grundanschauung von Bruns mehr blos in Frage gezogen, als bekämpft werden." Vgl. noch Lenel Zeitschr. f. Rechtsgesch. XV. Rom. Abth. S. 62 fg. Bekker ebda. XVI. S. 1 fg.]

[2] Nach L. 18. §. 1. D. h. t. enthielt das Edict die Worte: *eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.* Darnach mußte, buchstäblich genommen, die Schuld schon zur Zeit des Zahlungsversprechens bestehen; vgl. L. 1. §. 8. eod. L. 35. D. de fideiussor. 46. 1. Daher auch die Streitfrage: an pro debito sub conditione vel in diem constituto eam possibile esset fieri et an pure constituta pecunia contracta valeret? die aber im Just. Recht bejahend entschieden ist. L. 2. §. 1. (pr.) Cod. h. t. L. 19. pr. D. h. t. Nach L. 2. Cod. cit., zumal nach den Worten des §. 1. a. (pr. in f.), „et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari", kann in Beziehung auf obigen Punkt eine Verschiedenheit zwischen Constitutum und Fidejussio (§. 350. not. f.) nicht wohl mehr angenommen werden. Girtanner S. 47 fg. S. 105 fg. Bruns a. a. O. S. 51 fg. 70 fg. 89 fg. 100. [Kl. Schr. S. 241 fg. 258 fg. 274 fg. 284 fg. Dagegen Brinz 2. Aufl. §. 257. A. 21.]

## §. 352.

### 3) Das sog. mandatum qualificatum oder der Creditauftrag.

Wer Jemanden den Auftrag ertheilt, einem Andern Credit zu geben, d. h. entweder mit demselben ein Rechtsgeschäft erst einzugehen, wodurch er dessen Gläubiger wird, z. B. ein Darlehen zu geben[a], oder auch nur die Beitreibung einer ihm schon zustehenden Forderung hinauszuschieben[b], der haftet jenem als Mandator dafür, daß ihm nach Befolgung des Auftrags Bezahlung seiner Forderung zu Theil werde[c]. Diese Wirkung tritt auch ein, wenngleich der Mandator bei der Erfüllung des Auftrages kein Interesse hat, wenn er nur den Willen an den Tag gelegt hat, für die Gefahr des Creditgebens einzustehen[d], selbst, wenn auch der Mandatar ohnehin Credit geben wollte[e]. So kann auch in Form des Mandats in der That eine Bürgschaft[1] für die künftige oder schon

[a] §. 6. J. de mand. 3. 26. L. 6. §. 4. L. 12. §. 13. D. mand. 17. 1. cf. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. [b] L. 12. §. 14. D. mand. [c] L. 12. §. 14. L. 21. in f. eod. cf. L. 28. eod. [d] L. 6. §. 4. cit. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. L. 48. §. 1. D. mand. 17. 1. (§. 291. N. 2.). [e] L. 71. §. 2. D. de fideiuss. 46. 1.

bestehende Schuld eines Andern übernommen werden[f]. Die Klage gegen einen solchen Bürgen ist die actio mandati contraria[g]. Seine Verbindlichkeit ist rücksichtlich ihres Inhalts wie ihrer Voraussetzungen überhaupt nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen[h], wornach ihm denn auch umgekehrt mandati directa actio zustehen kann[i]. In Wahrheit aber ist auch sie, gleich der Obligatio des Fidejussor und Constituenten, eine accessorische, indem das Mandatsverhältniß eine Obligatio dieses Inhalts eben nur unter Voraussetzung des Entstehens oder Vorhandenseins der Schuldverbindlichkeit eines Andern, die insofern als die Hauptschuld erscheint, hervorbringt[2].

Anm. [1] Die wesentliche materielle Gleichheit des Creditauftrags und der Fidejussio gibt sich zu erkennen in der häufigen Zusammenstellung des mandator und fideiussor, z. B. in der rubr. tit. Dig. de fideiussoribus et mandatoribus. 46. 1. und Cod. 8. 40 (41)., und wird im Allgemeinen ausgesprochen in L. 32. D. mand. 17. 1. In summa quicumque contractus tales sunt, ut quicumque eorum nomine fideiussor obligari posset (possit), et mandati obligationem consistere puto: neque enim multo (multum) referre, praesens quis interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet. Diese Verwandtschaft zeigt sich nicht minder in dem Ausdruck „mandatorem creditori suo dare" in L. 58. §. 1. D. mand., in der Bedeutung von „einen Bürgen stellen", wie „fideiussorem dare" in L. 1. 2. pr. §. 1. D. qui satisdare cog. 2. 8. L. 1. D. si quis in ius voc. 2. 5. u. a. Daher wird auch der Auftrag, zu fidejubiren, durch ein sogen. mandatum qualificatum erfüllt. L. 62. §. 1. D. mand. cf. Basil. XIV. 1. cap. 62. §. 1. Vgl. auch Brinz krit. Blätter Nr. 4. S. 21. Pand. 1. Aufl. S. 626. „die Fidejussio ... in ihrem ersten Anfang nichts als ein stipulirtes Mandat". — Windscheid §. 412. unter Nr. 2. bemerkt: die Römer haben den „Vertrag, wodurch Jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung" (wobei es auf ein Interesse des Mandanten nicht ankommt) „kein Schaden erwachsen werde", darum „unter die Kategorie des Mandats gestellt, weil er sonst ohne Stipulationsform nicht gültig gewesen wäre." W. stellt ihn im heutigen Recht „unter seine eigene Kategorie", als Garantievertrag, und hebt als eine Hauptanwendung desselben das sog. mand. qualificatum hervor. Es ist aber dabei zu bemerken, daß dieses keineswegs nur zum Ersatz wirklich schon erlittenen Schadens des Creditgebers verpflichtet, sondern auch so eingegangen werden kann, daß der Mandatar ohneweiters den Mandanten auf Bezahlung belangen kann, wenn er von demjenigen, dem er Credit gegeben, nicht bezahlt wird (vgl. §. 355.). In gleicher Weise war auch die Fidejussio ein Garantievertrag in Stipulationsform.

[2] Allerdings kann der Mandant auch verbindlich werden, wenn er Auftrag zu einem Geschäft gab, das durchaus nicht eine Forderung des Mandatars, nicht eine Verbindlichkeit des Dritten erzeugt, z. B. mit einem Wahnsinnigen oder Verschwender. Aber hier kann denn auch nicht von Haftung des ersten für eine Forderung des Mandatars, für Erfüllung der Verbindlichkeit eines Andern (§. 349.) die Rede sein. So konnte auch

[f] L. 32. D. mand. 17. 1. [g] L. 12. §. 13. in f. eod. [h] L. 12. §. 11..14. eod. L. 27. §. 5. eod. [i] L. 6. §. 4. eod.

durch Stipulation ohne Zweifel gültig versprochen werden, den Gegenstand eines vollkommen nichtigen Anspruchs zu leisten; wenn es durch Fidejussio nicht geschehen konnte (§. 350. A. 2.), so hatte dieses nur in dem besondern Charakter dieser Stipulation seinen Grund (vgl. Gai. III. 119. 119 a.); aber eine Bürgschaft für eine fremde Verbindlichkeit war denn auch dort nicht vorhanden.

## §. 353.

## B. Nach heutigem Recht.

Im heutigen Recht ist die Stipulation und somit der formelle Unterschied zwischen Fidejussio und Constitutum einer fremden Schuld verschwunden. Zwar kann nun auch nach heutigem Rechte noch ein Zahlungsversprechen bezüglich einer fremden Schuld, unter Aufrechthaltung der Verpflichtung des eigentlichen Schuldners, in anderer Absicht, als um dem Gläubiger für die Befriedigung seiner Forderung Sicherheit zu leisten, und zu anderem Zweck, als welcher der römischen Fidejussio eigenthümlich ist und welcher durch das deutsche „Bürgschaft" bezeichnet wird, stattfinden[1]. Aber da es bei Eingehung der Bürgschaft jetzt wesentlich nur auf den Willen, sich neben dem Hauptschuldner für dessen Schuldverbindlichkeit dem Gläubiger zu verpflichten, nicht auf die Form oder den Ausdruck, worin dieser Wille erklärt wird, ankommt, so sind nun Fidejussio und Constitutum einer fremden Schuld in der heutigen Bürgschaft ununterschieden enthalten, und sind denn bei dieser nun von selbst auch die Beschränkungen, die der Fidejussio nach ihrem besonderen formellen Wesen eigenthümlich waren, weggefallen[2]. Auch das sog. Mandatum qualificatum aber (Creditauftrag, Borgauftrag) kann als ein durch wesentliche Unterscheidungsmerkmale von dem Bürgschaftsvertrag verschiedener Vertrag nicht mehr angesehen werden. Dasselbe erfordert wesentlich nur den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen, für eine erst einzugehende oder schon bestehende (und noch weiter zu creditirende) Schuld eines Andern zu haften; da nun dieser irgendwie in beliebiger Form erklärte Wille überhaupt den Begriff der Bürgschaft im heutigen Sinne ausmacht, so muß jenes immer eine wahre Bürgschaft enthalten, die nur bedingt ist dadurch, daß der Gläubiger dem noch gültig bestehenden Mandat gemäß Credit gegeben habe. Materielle Verschiedenheiten zwischen der durch Mandat begründeten und einer sonstigen Bürgschaft können daher nicht mehr angenommen werden[3]. Geht die Verpflichtung über den Zweck der Bürgschaft, dem Gläubiger für die Bezahlung seiner Forderung einzustehen, hinaus, wie schon nach römischem Recht beim Constitutum (§. 351. not. i...l.)

und vollends mittels einer nicht an die Form der Fidejussio sich haltenden accessorischen Stipulation (§. 268. A. 5.) der Fall sein konnte, so mag man das Geschäft insofern mit Recht nicht mehr als Bürgschaft oder nicht als reine Bürgschaft gelten lassen[4]; gültig und vollkommen wirksam ist aber heutzutage der Regel nach jede solche Verabredung, selbst diejenige, wodurch der Bürge absichtlich und geradezu mehr als den Betrag der Hauptschuld zu zahlen verspricht (§. 351. not. h.), und darin ist auch nicht nothwendig eine Schenkung an den Gläubiger enthalten[5], kann aber allerdings eine solche enthalten sein, die dann auch den Regeln der Schenkungen unterliegt.

Anm. [1] So z. B. um donandi causa oder aus anderm Grunde zum Vortheil des Schuldners die Schuld auf sich zu nehmen, während doch der Gläubiger nicht auf die Haftbarkeit des letzten selbst verzichten will. Bruns a. a. O. S. 98. [Kl. Schr. S. 288.] Seuffert's Arch. XIV. 82. Das Verhältniß kehrt sich hier eigentlich um. Der Constituent ist nun gewissermaßen der principaliter Verpflichtete; der Gläubiger hält nur zu seiner Sicherheit auch die Obligatio des ursprünglichen Schuldners noch fest. Anders ist es, wenn ein neuer Schuldner anstatt des alten eintritt (expromittendo, §. 268. A. 7.); doch konnte schon nach dem römischen Recht materiell derselbe Erfolg auch durch formlosen Vertrag erreicht werden, wenn an das Constitutum zugleich ein pactum de non petendo mit dem Schuldner sich anschloß. Bruns a. a. O. Freilich war dasselbe wieder auch durch eine Fidejussio donandi causa verbunden mit einem pactum de non petendo in personam mit dem Hauptschuldner zu erreichen.

[2] Wer sich „verbürgt", verspricht zu zahlen, wenn der Hauptschuldner nicht selbst zahlt, und ohne Zweifel „verbürgt" sich, wer zu zahlen verspricht, was ein Anderer schuldig ist, wenn der Schuldner selbst nicht zahle; dieses „wenn" aber versteht sich auch von selbst bei einem Zahlungsversprechen, wenn es nicht mehr sein soll, als ein Constitutum im Sinne des römischen Rechts. So hat denn die herrschende Ansicht eine Verschmelzung der Fidejussio und des Constitutum im heutigen Recht angenommen. Siehe die dogmengeschichtliche Entwickelung bei Girtanner S. 163 .. 198., und dessen eigene Ansicht S. 373 fg. Vgl. jedoch Windscheid §. 476., und A. 1. 4. zu diesem §., A. 1. zu §. 351., A. 5. zu §. 355. Vangerow III. §. 579. Sintenis II. §. 129. A. 36. Samhaber Correalobl. S. 172 fg. Wenn übrigens hierbei z. B. von Sintenis a. a. O. besonders die subsidiäre Natur der Bürgschaft betont wird, so ist nicht zu übersehen, daß die Subsidiarität im strengsten Sinne (§. 355. A. 1.) nicht zum Wesen der Bürgschaft gehört (§. 350. A. 4.), in anderem Sinne aber eben auch das Zahlungsversprechen subsidiär sein kann. Sofern aber das Zahlungsversprechen mehr oder etwas anderes als Sicherung des Gläubigers bezweckt, so ist darin vielmehr Constitutum und accessorische stipulatio debiti vereinigt enthalten. Römer bedingte Novation S. 296 fg. — Sehr entschieden bekämpft neuerdings Hasenbalg S. 317 fg. 361 fg. die angebliche Verschmelzung von Fidejussio und Constitutum einer fremden Schuld und behauptet, daß beide, ein unversöhnlicher Gegensatz, auch heutzutage noch neben einander bestehen, „ganz so wie im R. R., nur mit dem einzigen Unterschiede, daß es zur Eingehung der fideiussio nicht mehr der Stipulationsform bedarf". Dagegen ist zu bemerken, daß das Constitutum nur darum im R. R. eine besondere

Rolle spielt, weil es gegen die Regel auch ohne Stipulation eine klagbare Verbindlichkeit erzeugte, daß aber durch Stipulation eine gleiche Verbindlichkeit, auch ohne die dem Constitutum eigenthümlichen Beschränkungen, immer begründet werden konnte. Das kann nun heutzutage durch formlosen Vertrag geschehen. Und so wird es denn immer wesentlich darauf ankommen, ob das Versprechen zu leisten, was ein Anderer schuldig ist, nur Sicherstellung des Gläubigers für den Fall, daß jener nicht leiste, bezweckt. [Gegen die Verschmelzung der beiden Institute auch Brinz 2. Aufl. §. 255. A. 6. §. 257. S. 197 fg.: „. . selbst da, wo es (das Constit.) anstatt Bürgschaft fungirt, (hat es) eine von dieser principiell verschiedene Anlage" . . . „so wie so denkt man sich das Constitutum anders als die Fidejussio, und aus dem Unterschiede des Gedankens, nicht aus dem der Form sind die Divergenzen der beiden Institute hervorgegangen. Folgerecht können die Unterschiede beider nicht dadurch hinweggefallen sein, daß nunmehr jedes durch formlosen Vertrag möglich ist . . . Allein Zweifel erregt . . . die Rechtsübung". Wächter dagegen §. 222. hält das constitutum, wenn nicht „dem Gläubiger über die bloße Sicherheit seiner Forderung noch andere Vortheile eingeräumt werden" für „nichts anderes, als eine Bürgschaft, geschlossen durch ein bloßes pactum".]

[3] Auch dieses war eine Zeitlang schon gemeine Meinung. In neuester Zeit wird von den Meisten wieder das Gegentheil behauptet, so auch von Girtanner S. 196 bis 198. 373. 540 fg. Allein wer Jemanden auffordert, einem Dritten Geld zu leihen oder zu stunden, mit der ausdrücklichen Erklärung, es geschehe auf seine Gefahr, er hafte ihm dafür (*periculo meo crede, des ei nummos fide et periculo meo, periculo meo pecunia erit*), der ist nach R. R. ex mandato obligirt. L. 12. §. 13. 14. D. mand. 17. 1. L. 24. D. de fideiuss. 46. 1. Es ist aber gewiß gleichviel, wenn jener sagt: „Borge, ich bürge dafür", und die hiedurch übernommene Verbindlichkeit ist wiederum keine andere, als ob er sagte: „wenn du borgst, so bürge ich dafür". Dort wie hier liegt eine ausdrücklich eingegangene Obligatio vor, für die (künftige oder schon bestehende) Forderung neben dem Schuldner einzustehen, wie Girtanner S. 315. die Bürgschaft definirt. Wenn aber heutzutage die Bürgschaft überhaupt nudo consensu contrahirt wird, so ist es auch ungegründet, ausdrückliche Willenserklärung dazu vorauszusetzen; und da nun zu einem verpflichtenden Mandatum (qualificatum) der wenigstens stillschweigend erklärte Wille, für die Forderung einzustehen, gehört (L. 2. §. 6. L. 6. §. 4. 5. D. mand.), so liegt darin eben immer eine Bürgschaft von gleicher Art, wie sie heute überhaupt vorkommt. Der Umstand, daß das „Mandat den Gläubiger zu einer Gegenleistung verpflichtet" (Girtanner S. 373.), was übrigens nicht wesentlich ist, steht nicht mit dem S. 315. aufgestellten Begriff in Widerspruch, und die (ausdrückliche oder stillschweigende) Verabredung einer Gegenleistung verträgt sich mit jeder heutigen Bürgschaft, die nun überhaupt als bonae fidei negotium zu beurtheilen ist. Vgl. auch Helmolt Correalobl. S. 98. Dagegen scheint es Brinz 1. Aufl. S. 626., obwohl gerade er die ursprüngliche nahe Verwandtschaft der fideiussio mit dem Mandatum besonders hervorgehoben hat (§. 352. A. 1.), unmöglich, daß nach heutigem Recht auch Mandat und fideiussio in einander aufgehen, und zwar: „weil die fideiussio ein sofort bindendes Versprechen ist, während das Mandat re integra beliebigen Rücktritt zuläßt". Aber wäre nicht selbst nach R. R. eine fideiussio für ein künftiges Darlehen mit Vorbehalt des Widerrufes bis zur wirklichen Auszahlung möglich gewesen (z. B. *centum quos mutuos Titio dabo, nisi interea vetueris, eosdem fide tua esse iubes?*)? Und wäre es nicht Bürgschaft nach heutigem Recht, wenn ich für ein erst auszuzahlendes Darlehen einzustehen verspreche, wofern ich nicht inzwischen die Aus-

zahlung verhindern werde? Wenn ich mich auch ohne diesen Vorbehalt verbürgt habe, dann aber das Darlehen wirklich auszuzahlen rechtzeitig warne, weil ich etwa den Anleiher als unzuverlässig erkannt habe, möchte wohl der Gewarnte kaum dennoch meo periculo Credit geben können. — Die hier angedeutete Ansicht hat wiederholt Widerspruch erfahren. So bemerkt Samhaber a. a. O. S. 173.: „Creditmandat ist im Vergleich mit sonstiger Verbürgung ein anderes Geschäft von einer andern civilistischen Structur, nicht bloß ein veränderter Ausdruck desselben Geschäfts, und an praktischen Verschiedenheiten dürfte es nicht ganz fehlen". Allein ich kann nach wie vor keine Verschiedenheiten erkennen und anerkennen, die sich aus der Verschiedenheit des Wesens der in der einen oder andern Weise eingegangenen Bürgschaft ergeben; ich kann sie nicht als möglich zugeben, weil sich begrifflich zwischen beiden eine bestimmte Gränze nicht ziehen läßt. Der Mandator verpflichtet sich, für den Schuldner einzustehen; wer sich dazu verpflichtet, ist oder wird Bürge, ob er dieß noch ausdrücklich sage oder nicht. Wenn A sich bereit zeigt, dem Freunde des B ein Darlehen zu geben, falls B dafür hafte, und B erklärt 1) „Gib ihm das Darlehen auf meine Gefahr", so ist B Mandator und haftet als Bürge, wenn das Darlehen erfolgt; sagte er 2) „Ja, ich bürge dafür", so haftet er eben so und kann in dieser bürgschaftlichen Verpflichtung nicht ein Verhältniß von anderer civilistischer Structur erkannt werden, so wenig als, wenn B beides vereinigt erklärt, daraus eine Bürgschaft von doppelartiger Natur hervorgeht. Samhaber S. 174. A. 45. beanstandet noch insbesondere den obigen letzten Satz. „Solcher Rücktritt (sagt er) scheint mir ... eben nur beim Creditauftrag statthaft". Aber würde er wohl im obigen Falle 2) den B zur Erstattung des Darlehens verurtheilen, wenn A, obwohl gewarnt, das Darlehen ausgezahlt hat und der Empfänger damit durchgegangen ist? Es kommt aber darauf auch nicht an. Die Frage ist, ob eine Bürgschaft anderer Art entstehe, wenn das Darlehen ausgezahlt worden ist im Falle 1) ohne daß das Mandat widerrufen worden, im Falle 2) ohne daß B von dem ihm, sei es von Rechtswegen zustehenden, sei es ausdrücklich vorbehaltenen Verbot der Auszahlung Gebrauch gemacht hat. Wenn der Text sagt: „der Creditauftrag enthalte eine wahre Bürgschaft, jedoch bedingt dadurch, daß der Gläubiger dem Mandat gemäß Credit gegeben habe", so wird natürlich vorausgesetzt, was jetzt ausdrücklich hervorgehoben ist, daß das Mandat noch wirksam bestehe, also nicht widerrufen sei. Damit erledigt sich von selbst eine andere mögliche Einwendung: das Mandat erlischt durch den Tod des Mandanten; vollzieht dessen kundig der Mandatar erst nachher den Creditauftrag, ohne erneuerte Zustimmung der Erben, so haften diese nicht. Gilt dasselbe, wenn der Erblasser sich schlechthin für ein künftiges Schuldverhältniß verbürgt, das dann erst nach dessen Tode durch den Willen des Gläubigers nach freiem Belieben zur Existenz kommt? Nach deutschen Rechten freilich ging selbst die vollkommen begründete Bürgschaftsverbindlichkeit nicht auf die Erben über; nachdem aber dieser Rechtssatz gemeinrechtlich antiquirt ist (Arndts in Haimerl's Vjschr. VI. 6., civ. Schr. III. S. 240 fg.), möchte diese Frage, wie bei einer andern bedingten Eingehung der Bürgschaft, mit Recht verneint werden, obwohl legislativ die Bejahung wohl zu empfehlen wäre. [Gegen die hier vertretene Ansicht s. jetzt noch Brinz 2. Aufl. §. 255. A. 6. §. 257. Wächter II. §. 202. Beil. II. und S. 512.] — In legislativer Beziehung mag übrigens noch folgendes zu bemerken gestattet sein: Wenn eine Gesetzgebung für die Bürgschaft eine besondere Form vorschreibt, z. B. schriftliche Erklärung, wird man zulassen, daß die Haftung durch Creditauftrag ohne diese Form begründet werde? Wohlweislich schreibt der bayer. Entw. II. Art. 897.

schriftliche Erklärung auch für diesen ausdrücklich vor, nachdem er in Art. 868. dieselbe für den Bürgschaftsvertrag vorgeschrieben hat; denn er erkennt in Art. 898. ganz richtig an, daß der Auftraggeber hinsichtlich der in Gemäßheit seines Auftrags geborgten Schuld in das Verhältniß eines Bürgen tritt. — Vgl. Bruns in Holtzendorff's Encyklop. I. S. 341. [4. Aufl. S. 486 fg.] Schletter's Jahrb. XIV. S. 11 fg., wo eine oberstrichterliche Entscheidung gegen die Kündigung der Bürgschaft für eine künftige Schuld angeführt ist.

4 Das Constitutum in aliam rem kann mit Girtanner S. 377 fg. wohl als Bürgschaft mit Verabredung einer datio in solutum angesehen, in andern Fällen eine Bürgschaft mit einem Nebenvertrag über Zahlungstermin oder Zahlungsort angenommen werden. So kann sich auch nach dem bayer. Entw. II. Art. 864. der Bürge die Befugniß vorbehalten, die Befriedigung des Gläubigers durch eine andere Leistung zu bewirken, als worauf die Hauptschuld gerichtet ist. Aber es wird bei solchen Abweichungen von der Hauptschuld leicht fraglich sein, ob das Zahlungsversprechen überhaupt eigentlich Sicherung des Gläubigers bezweckte? vgl. A. 1. 2. Indessen machen Manche mit Rücksicht auf diese Fälle noch einen Unterschied zwischen Bürgschaft (fideiussio im heutigen Sinne) und Constitutum, theils nur im Namen, z. B. Seuffert §. 388., theils auch praktische Folgen daran knüpfend, z. B. Vangerow III. §. 579. vgl. §. 355. A. 1. 5. Vgl. A. 2. a. E.

5 So kann z. B. der Bürge spätere Zahlung mit Zinsen oder eine größere Summe anstatt derselben versprechen, während der Hauptschuldner gar nicht zinsverbindlich ist; dieß ist keine Schenkung für den Gläubiger. Auch kann sonst noch die Uebernahme einer schwereren Verbindlichkeit Gegenleistung für etwas anderes sein oder aus irgend einem andern Grunde, nicht donandi animo, stattfinden. Bei der Formlosigkeit der heutigen Bürgschaft und bei der Klagbarkeit aller Verträge kann sich an jene mancherlei ansetzen, was nach R. R. als Constitutum nicht gültig und mit der Stipulationsform der Fidejussio nicht verträglich war. Es ist quaestio facti, wie weit dann noch wirklich eine Bürgschaft vorliege. Vgl. übrigens Girtanner S. 381 fg. Vom Standpunkt des heutigen Rechts ist denn auch nicht zu mißbilligen, was der hess. Entw. IV. 2. Art. 587. bestimmt: „Hat sich Jemand für eine Person verbürgt, welche selbständig sich nicht rechtsgültig verpflichten konnte, so haftet er, in Ermangelung einer andern Verabredung, so lange als Selbstschuldner, als er nicht nachweisen kann, daß ihm die Eigenschaft der Person ..... unbekannt war". Denn wer wissend für ein wegen mangelnder Handlungsfähigkeit des Versprechenden nichtiges Versprechen sich verbürgt, der muß die Auslegung gegen sich gelten lassen, daß er nicht für die Erfüllung einer fremden Schuldverbindlichkeit, die nicht besteht, sondern für die von dem Andern nichtiger Weise versprochene Leistung einzustehen sich verpflichte. Abgesehen von der Beweisfrage ist das auch nach gemeinem Recht zu behaupten. [Brinz 2. Aufl. §. 255. A. 24. „Wohl .. mag bei uns einmal von ‚Bürgschaft' gesprochen werden, wo eine prinzipale Einschuldung gemeint ist, und aber falsa demonstratio non nocet".] Der bayr. Entw. II. Art. 863. enthält eine gleiche Bestimmung nur für den Fall, wenn die verbürgte Verbindlichkeit wegen mangelhafter Handlungsfähigkeit des Schuldners anfechtbar ist, scheint demnach arg. a contrario für den Fall der Nichtigkeit nicht dasselbe gelten zu lassen, und findet nur unter dieser Voraussetzung Billigung bei Lang Krit. II. S. 198. Nach dem österreich. b. Gesetzb. §. 1352. ist sogar der Bürge, dem die Handlungsunfähigkeit des Hauptschuldners unbekannt war, „gleich einem ungetheilten Mitschuldner verpflichtet".

## III. Wirkungen der Bürgschaft.

### §. 354.

### A. Haftung des Bürgen im Allgemeinen.

Der Bürge haftet dem Gläubiger der Regel nach, d. h. sofern er nicht im einzelnen Falle nur mit Beschränkung oder unter andern Modificationen sich verpflichtet hat[a], für die Erfüllung der Schuldverbindlichkeit, für welche er sich verbürgt hat[b], in demselben Umfange, wie der Hauptschuldner selbst[c], daher auch rücksichtlich des Zuwachses oder der Aenderungen im Inhalt der Schuld, welche durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners bewirkt werden[d], insbesondere für Verzugszinsen[e], nicht auch für vertragsmäßige Zinsen, wenn nicht die Bürgschaft von Anfang an für die Hauptschuld als eine verzinsliche Schuld ohne Beschränkung übernommen oder sonst auch auf die Zinsverbindlichkeit insbesondere erstreckt worden ist[f]. Der Bürge ist dagegen als solcher auch nur verpflichtet, wenn die Hauptschuld wenigstens als naturalis obligatio rechtliche Wirksamkeit gewonnen hat[g], und regelmäßig nur unter den Beschränkungen, welche dieser selbst anhaften[h], während solche Rechte, die dem Hauptschuldner nur aus persönlichen Gründen zustehen, dem Bürgen nicht schlechthin, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen zu statten kommen[i]. Hat sich Jemand für einen Bürgen verbürgt (fideiussor fideiussoris, nach heutiger Terminologie auch fideiussor succedaneus, Afterbürge, Ueberbürge oder Nachbürge)[2], so ist für ihn des Bürgen Obligatio die Hauptschuld, nach welcher sich seine Verbindlichkeit bestimmt[k]. Uebrigens finden auf die bürgschaftliche Verpflichtung auch die allgemeinen Grundsätze von Obligationen Anwendung[l]. Mehrere Bürgen für dieselbe Schuld haften im Zweifel in solidum[m].

Anm. [1] Wie weit sich die Haftung des Bürgen erstrecke, ist meistens quaestio facti. Streitig ist insbesondere die Frage wegen Haftung für Zinsen der Hauptschuld. Vgl. L. 54. pr. D. 19. 2. Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur ...? Paulus respondit: si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni

[a] L. 6. §. 1. L. 8. §. 7. L. 9. 34. D. h. t. 46. 1. §. 350. A. 3. §. 351. not. h..l. [b] L. 68. pr. §. 1. D. h. t. 46. 1. cf. L. 58. pr. eod. [c] L. 56. §. 2. eod. L. 54. pr. D. locati. 19. 2. [d] L. 58. §. 1. D. h. t. 46. 1. L. 88. 91. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 24. §. 1. D. de usur. 22. 1. [e] L. 54. pr. cit. L. 3. §. 1. (L. 2. §. 12.) D. de adm. rer. ad civ. p. 50. 8. [f] L. 10. Cod. h. t. 8. 40 (41). L. 4. Cod. de usur. 4. 32. [g] L. 6. §. 2. L. 57. D. h. t. 46. 1. L. 15. pr. eod. §. 350. not. f. g. §. 351. not. c. §. 352. A. 2. vgl. §. 217. not. p. q. [h] L. 8. D. de eo quod certo loco. 13. 4. L. 19. D. de except. 44. 1. [i] L. 7. pr. D. l. c. vgl. §. 357. A. 5. [k] L. 8. §. 12. L. 27. §. 4. D. h. t. 46. 1. [l] L. 88. 91. §. 4. D. de V. O. 45. 1. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. [m] §. 4. J. h. t. 3. 20.

tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen quum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit*, *tantum fide tua esse iubes?* vel ita: *indemnem me praestabis?* L. 68. §. 1. D. h. t. Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fideiusserant, .... lecta subscriptione fideiussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem, decrevit, fideiussores in usuras non teneri etc. Daß in der letzten Stelle eine Verbindlichkeit für die Verzugszinsen nicht angenommen wird, erklärt sich aus der stricten Natur der auf certa pecunia gerichteten fideiussio, deren Einfluß auch in L. 8. D. 13. 4. sich zeigt. Für das heutige Recht, in welchem diese Rücksicht wegfällt, sind daher diese Stellen nicht entscheidend. Vgl. überhaupt Girtanner S. 385 fg. 409 fg. Hasenbalg S. 249 fg. 261 fg. [Ueber den Umfang der Haftpflicht des Constituenten bei Unterzeichnung eines gemeinsch. Schuldscheins vgl. den von Stammler mitgeth. Rechtsfall im prakt. Arch. XIV. S. 85 fg.]

[2 Vgl. Brinz 2. Aufl. II. S. 189 fg.]

## §. 355.

## B. Schutzmittel des Bürgen.

Der Bürge ist an sich der Regel nach neben dem Hauptschuldner und gleichmäßig wie dieser dem Gläubiger verpflichtet, so daß dem letzten nach seiner Wahl gegen den einen oder andern, so wie auch gegen jeden von mehreren Bürgen für dieselbe Schuld, die Schuldklage zusteht[a], es hätte denn der Bürge nur für Schadloshaltung des Gläubigers, falls dieser von dem Hauptschuldner nicht volle Befriedigung erlangen könne, haften zu wollen erklärt, als sog. Schadlosbürge (fideiussor indemnitatis)[b]. Allein als besonderes Schutzmittel gegen die Klage steht dem Bürgen auch ohnedieß

1) die Rechtswohlthat der Vorausklage zu, das sog. beneficium excussionis sive ordinis[c]; er kann durch Exceptio die Klage des Gläubigers vorerst abweisen, indem er verlangt, daß dieser zunächst den Hauptschuldner belange, und nur, sofern von diesem Bezahlung nicht zu erlangen sei, ihn, den Bürgen, in Anspruch nehme[1]. Diese Einrede findet jedoch, theils nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes, theils nach dessen verständiger und durch die Praxis bewährter Auslegung, nicht statt: a) wenn der Hauptschuldner abwesend ist und von dem anwesenden Bürgen nicht in einer richterlich zu bestimmenden Frist gestellt wird[2], oder wenn sonst die Ausklagung desselben erheblich

[a] L. 5. 7. 9. 19. 20. Cod. h. t. 8. 40 (41). L. 56. pr. L. 60. pr. D. mand. 17. 1. L. 7. D. quod cum eo. 14. 5. [b] L. 41. D. h. t. 46. 1. L. 116. D. de V. O. 45. 1. [c] Nov. 4. cap. 1.

schwieriger ist, als die des Bürgen, z. B. wegen Concurs des Hauptschuldners[3]; b) wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner eine wirksame Klage nicht mehr hat, oder gar nicht gehabt hat[4], ohne daß dieses die Wirksamkeit der Bürgschaft aufhebt; c) wenn der Bürge auf diese Rechtswohlthat verzichtet hat, es sei bei Eingehung der Bürgschaft oder nachher, es sei ausdrücklich oder stillschweigend durch die Art und Weise oder die näheren Bestimmungen der Verbürgung[5]; d) wenn der Bürge die Bürgschaft arglistig abgeläugnet hat[d]. Der Bürge hat sodann

2) wenn Mehrere für dieselbe ganze Schuld sich verbürgt haben (confideiussores), die Rechtswohlthat der Theilung (beneficium oder auxilium divisionis)[e], nach den Bestimmungen des §. 215.[6], welche jedoch ebenfalls durch Verzicht und arglistige Abläugnung der Bürgschaft ausgeschlossen wird[f], auch den Bürgen eines Vormundes nicht zusteht gegen den Mündel[g]. Endlich kann der Bürge

3) mittels der doli exceptio auch erwirken, daß der gegen ihn klagende Gläubiger ihm seine Klage gegen den Hauptschuldner, beziehungsweise gegen den Mitbürgen, abtrete[h]; dieß ist das sog. beneficium cedendarum actionum[7 8].

Anm. [1] Die Nov. 4., von Justinian a. p. Chr. 535. erlassen, sagt in cap. 1. nach dem Text der vulgata versio (Ausg. von Heimbach): Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit . . . veniat primum ad eum, qui aurum accepit debitumque contraxit . . . Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat. — Der griechische Text hat für sponsorem: ἀντιφωνητήν, d. i. constituentem oder constitutae pecuniae reum (Harmenopul. I. 3. §. 40. III. 6. §. 1. 11.), wie auch die Vulgata übersetzt in Nov. 115. cap. 6. Nov. 136. praef. cap. 1. — Ueber das ganze Gesetz und dessen Auslegung in der Praxis s. Girtanner S. 113 . . 125. 199 . . 248. 424 . . 456. Hasenbalg S. 519 bis 625. 730 fg. Windscheid §. 478.

[2] Nov. 4. cap. 1. cit. Si vero fideiussor aut mandator, aut qui sponsioni se subiecit, adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est creditorem mittere alicubi, quum possit mox fideiussorem aut mandatorem aut sponsorem exigere . . . Probet igitur fideiussorem aut sponsorem aut mandatorem, et causae residens iudex det tempus fideiussori (idem est dicere sponsori et mandatori) volentibus principalem deducere, quatenus ille prius sustineat conventionem et sic ipsi in ultimum subsidium serventur . . . Si vero tempus in hoc indultum

[d] arg. L. 10. §. 1. D. h. t. 46. 1. (not. f.) [e] §. 4. J. h. t. 3. 20. cf. Pauli sent. I. 20. L. 26 . . 28. 49. §. 1. L. 51. §. 1. 4. D. h. t. 46. 1. (cf. L. 43. eod.). L. 16. Cod. eod. 8. 40 (41). L. 7. D. de fideiuss. tut. 27. 7. L. 3. Cod. de const. pec. 4. 18. [f] L. 10. §. 1. D. h. t. 46 1. [g] L. ult. D. rem pup. . . salvam fore. 46. 6. [h] L. ult. cit. Nov. 4. cap. 1. in f. L. 17. 36. D. h. t. 46. 1. cf. L. 28. D. mand. 17. 1. L. 95. §. 11. D. de solut. 46. 3.

excesserit . . ., tunc fideiussor aut mandator aut sponsor exsequatur litem et debitum exigat contra eum, quem fidedixit aut pro quo mandatum scripsit aut sponsionem suscepit, a creditore actionibus sibi cessis. Vgl. Seuffert's Arch. II. 46. VI. 42.

3 Seuffert's Arch. IV. 42. VII. 314. vgl. österreich. Gesetzb. §. 1356. Dagegen jedoch Seuffert's Arch. X. 48. XII. 158.

4 Arg. Nov. 4. cap. 1. verbis: *Si vero non valuerit a debitore recipere etc.* A. 1. So, wenn der Hauptschuldner nur naturaliter verpflichtet ist; so auch, wenn derselbe notorisch zahlungsunfähig ist; Seuffert's Arch. IV. 42. VI. 42. XIV. 34.; nicht, wenn der Hauptschuldner sich nur durch ein pactum de non petendo in personam gegen die Klage gedeckt hat; Seuffert's Arch. VI. 40. vgl. IV. 43.

5 So kann z. B. mit Recht angenommen werden, wenn sich Jemand „als Selbstschuldner" verbürgt (Seuffert's Arch. V. 132.), oder unter Festsetzung einer früheren oder auch überhaupt einer besonders bestimmten Zahlungszeit (Seuffert's Arch. XIV. 33.), oder auch unter Umständen bei Verabredung eines andern, namentlich eines dem Gläubiger bequemeren Zahlungsortes (§. 351. not. i.). Auch muß das beneficium excussionis wegfallen, wenn einem andern Gläubiger constituirt ist (§. 351. not. k.), da dieser gegen den Hauptschuldner ja gar keine Klage hat (vgl. A. 4.); ob auch, wenn alia res versprochen ist? Vangerow III. §. 579. A. Nr. 3.; dagegen Girtanner S. 433. Es wird darauf ankommen, ob dem Gläubiger ein festes Recht auf die anderartige Leistung gewährt sein sollte, oder nur eine Bürgschaft für seine Forderung mit voraus verabredeter datio in solutum (§. 353. A. 4.). Wer z. B. erklärt: er verbürge sich für den Schuldner, jedoch mit der Maßgabe, daß er dem Gläubiger statt einer Sache eine fixe Geldsumme, statt Geldes etwas anderes geben könne, dem ist die Rechtswohlthat der Vorausklage gewiß nicht abzusprechen. Wer aber z. B. sich verbürgt für Rückzahlung eines Darlehens, mit der Bestimmung, daß er für die Zahlung zu bestimmter Zeit einstehe, der ist zwar Bürge, kann aber, wenn der Schuldner bis dahin nicht gezahlt hat, nicht erst noch die Einrede der Vorausklage vorschützen. Vgl. übrigens noch Bruns in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. I. S. 81. 101. [Kl. Schr. S. 268. 285 fg.] — Gegen die herrschende Lehre, daß durch arglistige Abläugnung das beneficium excussionis verscherzt werde, erklärt sich Hasenbalg S. 606 fg.

6 Darnach kommt es darauf an, wie viele Bürgen verpflichtet und in welchem Maße sie zur Zeit der Litiscontestatio zahlungsfähig sind und mit Erfolg belangt werden können: die Obligatio ist nicht ipso iure getheilt (not. e.). Damit steht freilich nicht im Einklang L. 48. §. 1. D. h. t. 46. 1. Sie bezog sich vermuthlich auf die sponsio und fidepromissio, die nach der lex Furia unter Mehrere ipso iure getheilt wurde (Gai. III. 121.), und hat sich vielleicht nur durch Versehen mit verunglückter Interpolation in die Pandekten eingeschlichen. Girtanner S. 462 fg. Doch versucht dieser die Stelle auch vom Standpunkt des Just. Rechts zu erklären, im civ. Arch. XLIII. S. 286 fg. — Manche wollen übrigens das beneficium divisionis nur auf den Fall gemeinsamer gleichzeitiger Verbürgung beschränken. Seuffert §. 385. [A. 17.] Seuffert's Arch. III. 268. XIII. 27. XIV. 234.; dagegen Girtanner S. 466. und im civ. Arch. XLIII. 12., Seuffert's Arch. VI. 48. Vgl. überhaupt Hasenbalg S. 466 . . 518. 784 fg., über L. 48. §. 1. cit. insbesondere S. 507 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 256. Nr. 1.]

7 Vgl. §. 213. not. v. §. 214. not. g. Den Anspruch auf Cession der Klage gegen Mitbürgen läugnet Savigny Obligationenrecht I. S. 273 fg.; dagegen Gir-

tanner S. 588 fg. A. 9. Vgl. Hasenbalg S. 401 .. 464. 782 fg. [Keil z. L. v. benef. ced. act. 1880.]

8 Um den Bürgen zu schützen gegen Gefährdung obiger Rechtswohlthaten, gibt die Praxis nach mißverständlicher Auslegung der L. 28. D. h. t. („si contendat") demselben das Recht, den Gläubiger zur Klage aufzufordern durch sog. provocatio ex lege „*si contendat*". Hasenbalg S. 627 fg. 781. [Die R.C.Pr.O. hat darüber keine Bestimmungen, weil sie davon ausgeht, daß die Feststellungsklagen die Provocation des bestimmten Gegners überflüssig machen. Mandry Reichsgesetz. S. 213 fg. (2. Aufl. S. 300.)]

## §. 356.

## C. Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner wird durch die Bürgschaft an sich ein besonderes Rechtsverhältniß nicht erzeugt. Von dem Grunde, aus welchem die Bürgschaft übernommen wurde, hängt es ab, ob der Bürge wegen des Nachtheils, den ihm die Bürgschaft bringt, den Hauptschuldner in Anspruch nehmen kann. Er kann es z. B. nicht, wenn er die Bürgschaft in der That nur in eigenem Interesse (als fideiussor in rem suam [a]) übernommen hat, oder in der Absicht, dadurch dem Hauptschuldner einen reinen Vortheil zu gewähren (donandi animo [b]), vorausgesetzt, daß nicht darin eine ungültige Schenkung liege [1]. In der Regel aber fällt die Verbürgung entweder unter den Gesichtspunkt des Mandats (§. 293.) oder der Geschäftsführung (§. 298.), wenn nämlich dieselbe entweder nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Hauptschuldners [c] oder ohne Auftrag in dessen Interesse geschehen ist [d]. Alsdann kann der Bürge mit der contraria actio mandati oder negotiorum gestorum den Hauptschuldner auf Schadloshaltung belangen. Unter Umständen kann er schon darauf klagen, daß ihn der Hauptschuldner von der Bürgschaft befreie, insofern schon deren Uebernahme als mandatmäßige Handlung oder verpflichtende negotiorum gestio und deren Abnahme ex bona fide negotii als billige Forderung erscheint, z. B. wenn der Bürge schon zur Zahlung verurtheilt ist oder der Hauptschuldner die Tilgung der Schuld ungebührlich verzögert oder durch Verschwendung seine Zahlungsfähigkeit gefährdet [e]. Vollends aber kann er auf Ersatz klagen, wenn und soweit er auf seine Kosten bereits den Gläubiger befriedigt und so auch den Hauptschuldner befreit hat [f]; vorausgesetzt freilich, daß er dabei nicht selbst durch Arglist oder Nach-

a L. 24. D. de pactis. 2. 14. b L. 9. §. 3. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 6. §. 2. D. mand. 17. 1. cf. L. 40. eod. c §. 6. J. h. t. 3. 20. L. 20. §. 1. L. 21. 22. pr. D. mand. 17. 1. L. 6. §. 2. L. 18. eod. L. 60. D. de R. J. d L. 6. §. 2. L. 20. §. 1. D. mand. 17. 1. e L. 38. §. 1. L. 45. §. 5. D. eod. L. 10. Cod. mand. 4. 35. cf. L. 45. §. 2. D. eod. 17. 1. f L. 10. §. 11. D. eod.

lässigkeit etwas verschuldet hat, z. B. durch Nichtbenutzung zuständiger Vertheidigungsmittel gegen die Forderung des Gläubigers, oder Unterlassung der Anzeige seiner Zahlung, in Folge deren der Hauptschuldner dieselbe noch einmal zu leisten verleitet ward[g]. Auch ohne Zahlung von seiner Seite kann der Bürge Anspruch auf Ersatz haben, wenn, in der Absicht ihm zu schenken, ein Anderer die Zahlung geleistet oder der Gläubiger die Schuld erlassen hat[h]. Für die Erfüllung der Ersatzverbindlichkeit des Hauptschuldners kann auch wieder ein Bürge sich verpflichten[i], sog. Rückbürge.

Abgesehen von besonderem Verpflichtungsgrunde zum Ersatz kann der Bürge auch mit der Klage des befriedigten Gläubigers als ihm abgetretener (mandata oder utilis actio), den Hauptschuldner belangen[k], und zwar ist dieß auch dann möglich[l], wenn er sich bei der Zahlung die Abtretung der Klage nicht ausdrücklich vorbehalten hat[2]. Jedoch kann dieser Klage doli exceptio entgegenstehen, wenn der Bürge donandi animo oder in rem suam sich verbürgt hat oder sonst nach der Beschaffenheit seines Rechtsverhältnisses zum Schuldner auf Ersatz keinen Anspruch machen kann[3].

Anm. [1] Es läßt sich auch denken, daß die Bürgschaft mit Verzichtleistung auf jeden Regreßanspruch, vergleichshalber oder sonst einer Gegenleistung wegen oder conditionis implendae causa u. dgl. m., übernommen sei.

[2] Unbestritten ist dieß bezüglich des Mandatum qualificatum. Man legt dem Mandator jederzeit noch mandati actio auf Cession der Klage bei, gemäß L. 28. D. mand. 17. 1. Papinianus libro tertio quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare; propter mandatum enim suum solvit et suo nomine; ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere. Bei anderer Art der Bürgschaft ist es sehr streitig. Man behauptet, durch die vorbehaltlose Zahlung des Bürgen werde die Hauptschuld getilgt und sei nun eine Cession der Schuldklage nicht mehr möglich; Puchta §. 405. not. n. o., Seuffert §. 385. not. 26. und andere (vgl. Girtanner S. 217 fg. 251 fg.); arg. L. 76. D. de solut. 46. 3., die sich auf mehrere solidarisch verpflichtete Vormünder bezieht (vgl. Savigny Obl. I. S. 252 fg.). Allein L. 36. D. de fideiuss. 46. 1. sagt: Quum is, qui et reum et fideiussores habens (habet), ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas iam esse, quum suum iam perceperit et perceptione omnes liberati sint. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Darnach wird mit Recht behauptet, daß schon nach R. R. die Zahlung eines Fidejussor regelmäßig und ohne besondere Verabredung nicht als Tilgung der Hauptschuld, sondern als Kauf der Forderung behandelt werde. Vgl. auch L. 5. pr. D. de censib. 50. 15. Girtanner S. 535 fg. vgl.

[g] L. 10. §. 12. L. 29. eod. cf. L. 67. D. de fideiuss. 46. 1. L. 47. in f. D. de cond. indeb. 12. 6.
[h] L. 10. §. 13. . L. 12. §. 2. D. mand. 17. 1. [i] L. 4. pr. D. de fideiuss. 46. 1. [k] §. 355. not. h.
[l] L. 28. D. mand. 17. 1. L. 36. D. de fideiuss. 46. 1.

Schmid Grundlehren der Cession I. S. 62 . . 67.; dagegen wieder Dernburg Pfandr. II. S. 369.; aber vgl. jetzt auch Hasenbalg S. 418 fg. So ergibt sich materiell, obgleich nach anderer formeller Auffassung, derselbe Erfolg, wie beim Mandatum qualificatum. Nach heutigem Recht ließe sich ohnehin eine solche Verschiedenheit nicht durchführen, da Bürgschaft durch Mandat und Fidejussio nicht mehr genau zu scheiden sind (§. 353. A. 8.), und der Entscheidungsgrund der L. 28. cit. nach der Natur der Sache regelmäßig bei jeder heutigen Bürgschaft ebensogut anwendbar wäre. Seuffert's Arch. VII. 313., dagegen aber XII. 117. Vgl. den bayer. Entw. II. Art. 879. „Jeder Bürge tritt durch die pflichtgemäße Befriedigung des Gläubigers von Rechtswegen in alle Rechte ein, welche dem Gläubiger in Ansehung der verbürgten Schuld zustehen". Ebenso der hess. Entw. IV. 2. Art. 603. und das österreich. bürg. Gesetzb. §. 1358. Dagegen das sächs. Gesetzb. §. 1479. sagt nur vom Creditauftraggeber, er könne, „selbst nachdem er den Beauftragten befriedigt hat, verlangen, daß dieser ihm seine Klage gegen den Dritten abtritt".

[3] Dies ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen, versteht sich aber von selbst. Keineswegs unzweifelhaft dagegen, wie Windscheid §. 481. A. 7. sagt, ist es, daß der Gläubiger aus solchem Grunde die Abtretung seiner Klage gegen den Hauptschuldner dem Bürgen verweigern könne; jener hat vielmehr die Klage unweigerlich abzutreten, ohne sich darum zu bekümmern, ob und wie der Hauptschuldner sich dagegen zu schützen vermöge.

## §. 357.

## IV. Aufhebung der Obligatio des Bürgen.

Die Aufhebungsgründe der Obligationen überhaupt finden auch Anwendung auf die Obligatio des Bürgen. Diese kann zudem aus folgenden besonderen Gründen erlöschen:

1) durch Vereinigung derselben mit der Hauptschuld in einer und derselben Person, confusio, also, wenn der Bürge Erbe des Hauptschuldners wird oder umgekehrt, insofern nicht auch dann noch die Forderung aus der Bürgschaft dem Gläubiger Vortheile darbietet, die ihm die Hauptforderung selbst nicht gewährt[1];

2) wenn und soweit dem Gläubiger ein Verschulden gegen den Bürgen zur Last fällt, wodurch diesem die Rechtswohlthat der Vorausklage oder der Abtretung der Klagen vereitelt ist; der Klage aus der Bürgschaft steht alsdann eine zerstörliche doli exceptio entgegen, oder die Einrede aus der vereitelten Rechtswohlthat nimmt den Charakter einer zerstörlichen an[2];

3) durch Wegfallen des Zweckes oder Gegenstandes der Bürgschaft, also durch jede Aufhebung der Hauptschuld, welche den Rechtsanspruch, zu dessen Sicherung die Bürgschaft dienen sollte, völlig tilgt, sei es Zahlung oder was dieser in der Wirkung gleichzuachten ist[3].

Nicht diese Wirkung hat ein ohne Befriedigung des Gläubigers die

Obligatio des Hauptschuldners aufhebender Umstand, für welchen der Bürge selbst verantwortlich ist[4].

Schutzmittel, welche nur auf persönlichen Befreiungsgründen des Hauptschuldners beruhen, stehen an sich dem Bürgen nur insofern zu, als sonst wegen seiner Rückansprüche gegen den Hauptschuldner deren Zweck auch für diesen vereitelt würde[5].

Anm. [1] Diese Regel wird ausgesprochen in Beziehung auf die Fidejussio, vgl. §. 273. A. 3. L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. Quod vulgo iactatur: *fideiussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari,* totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur. — Der letzte Satz ist ohne Zweifel fehlerhaft; wahrscheinlich zu lesen: „nam si reus natura (oder naturaliter) duntaxat fuit obligatus, fideiussor non liberabitur“ oder ähnlich. Vgl. Basil. XXVI. 5. cap. 95. §. 3. [Heimbach III. p. 126.] „εἰ γὰρ ὁ ἐναγόμενος φύσει μόνον ἠνείχετο, οὐκ ἀπόλλυται“. Vangerow III. S. 380. Mommsen Dig. ad h. l. — Daß nicht auch beim Constitutum eine gleiche Confusio angenommen sei, dafür beruft man sich mit Recht auf die Möglichkeit des constitutum debiti proprii (Hasenbalg S. 809 fg.); und daß auch aus dem Mandat immerhin noch geklagt werden könne, nachdem der Mandator Erbe des Schuldners, dem Credit gegeben ist, geworden ist oder umgekehrt, ist ebenfalls zuzugeben. Aber dem praktischen Erfolge nach ergibt sich doch bei beiden dasselbe, wenn die Verbindlichkeit des Constituenten oder Mandators sich durch nichts von der des Hauptschuldners unterscheidet, da es denn gleichgültig ist, mit welcher Klage der Gläubiger gegen den aus doppeltem Grunde Verpflichteten sein Recht geltend macht. Indessen in L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3. wird aus der Erlöschung der obligatio fideiussoria durch confusio die Consequenz gezogen, daß dadurch auch der für den fideiussor eingetretene Afterbürge befreit werde. Wird dieß noch als praktischer Rechtssatz anerkannt (Windscheid §. 480. A. 2.), so muß man zugeben, daß in dieser Beziehung noch ein praktisch bedeutender Unterschied bestehe zwischen fideiussio und constitutum debiti alieni. Aber vgl. dagegen Girtanner S. 511 fg. vgl. S. 490 fg.

[2] Ein sehr streitiger Punkt! Die gewöhnliche Annahme, daß die exceptio cedendarum actionum eine peremtorische werde, wenn der Gläubiger durch seine Schuld die Klagen verloren hat, wird, ausgenommen beim Mandatum qualificatum (L. 95. §. 11. D. de solut. 46. 3.), lebhaft bestritten von Girtanner S. 468 fg. 548 fg. Dieser behauptet es dagegen [S. 439. 488 fg.] allgemein von der exceptio excussionis, wenn der Gläubiger die Ausklagung des Hauptschuldners nachlässig versäumt habe, bis diese keinen Erfolg mehr hat (arg. Nov. 4. cap. 1. verb. *si vero non valuerit etc.*, richtiger übersetzt: *si non poterit* etc., welche Worte doch nur aussagen, daß der Bürge zahlen müsse, wenn der Gläubiger, indem er zuerst gegen den Hauptschuldner sich wendete, Befriedigung nicht erlangen konnte), während Andere nur bei dem Mandatum qualificatum und der fideiussio indemnitatis dem Bürgen eine Einrede geben, wenn der Gläubiger seine Nichtbefriedigung durch den Schuldner selbst verschuldet hat (arg. L. 41. pr. L. 62. D. h. t. 46. 1.), Puchta §. 405. not. q. r. vgl. Jäger in Linde's Ztschr. V. S. 281 fg. — Der entscheidende Gesichtspunkt für das heutige Recht ist dieser, daß nun jede Bürgschaft regelmäßig, gleich dem römischen Mandatum (§. 358. A. 3.), ex fide bona zu beurtheilen ist; dieser kann der Gläubiger zuwider handeln,

indem er durch sein Zuthun oder auch durch seine Nachlässigkeit dem Bürgen die ihm gesetzlich zukommenden Hülfsmittel vereitelt, und nun doch den letzten in Anspruch nimmt. Nur kann man nicht schlechthin, so wenig beim Mandatum qualificatum wie sonst, jede nachsichtige Zögerung des Gläubigers in Ausklagung des Schuldners jenem als ein Verschulden gegen den Bürgen anrechnen. Vgl. Vangerow III. §. 578. A. 4. Rudorff zu Puchta a. a. O. Windscheid §. 478. A. 10. Seuffert's Arch. VII. 33. 177. 311. 312. XI. 243. XII. 159. 240. XVI. 112. Prakt. Arch. X. 2. [S. 91 fg.] Vgl. d. bayer. Entw. II. Art. 889. 890. 900., den hess. IV. 2. Art. 611. 612. 620. und das sächs. Gsb. §. 1466. 1478.

[3] L. 43. D. de solut. 46. 3. spricht die Regel aus: In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora; vgl. §. 276. not. c. Daß diese Regel nicht durchgängig richtig, ergiebt §. 276. not. d. und L. 60. D. de fideiuss. 46. 1. Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum. Vgl. auch L. 19. D. de duob. reis. 45. 2. Sie wird daher als falsch und unrichtig ganz verworfen von Girtanner S. 79 fg. 495 fg., obgleich sich eine Entscheidung findet in L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3., die sich nur als Anwendung jener Regel erklären läßt. Vgl. A. 1. a. E. A. 4. b. a. Dagegen Hasenbalg S. 295 fg., insbesondere in Beziehung auf L. 60. cit. S. 345 fg. — Unzweifelhaft dauert die Bürgschaft auch fort, wenn der Hauptschuldner gestorben ist und kein Erbe für ihn eintritt, ob er Vermögen hinterlasse oder nicht. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 1. §. 14. D. depos. 16. 3. (§. 273. A. 1. vgl. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 337 fg.) Hasenbalg S. 644 fg. — Außerdem wird speciell als Befreiungsgrund für den Mandator sowohl als den Fidejussor angeführt: die Aufhebung der Hauptschuld durch Confusio (L. 71. pr. D. h. t. 46. 1. vgl. §. 273. A. 2.) und durch Novatio (L. 4. Cod. h. t. 8. 40 (41)., welche beide solutionis iure wirken, für den Fidejussor insbesondere noch Eid über die Hauptschuld, welcher ebenfalls in locum solutionis succedit (L. 28. §. 1. D. de iureiur. 12. 2.). Dieselbe Wirkung muß aus gleichem Grunde die datio in solutum (§. 222.) haben, die Compensation (§. 265. not. k.), der vollständige Schulderlaß gleich der römischen Acceptilatio (§. 267. A. 1. a. $\beta$. u. d. §. 269. not. k.), und nach L. 60. cit. „cum genere novationis transeat obligatio" (§. 271. A. 3.), sowie nach der Natur der Sache die Erlöschungsgründe in §. 276. not. a. b. (vgl. Kuntze die Obl. S. 177 fg.). In allen diesen Beziehungen ist schon nach R. R. kein Unterschied zwischen dem Fidejussor und Mandator, und bedarf man nicht der Ableitung aus der Correalität der obligatio fideiussoria, die, schon nach R. R. mindestens problematisch, nach heutigem Recht jedenfalls als Regel sich nicht behaupten läßt. — Bestritten wird von Girtanner S. 514. die Tilgung der Bürgschaft in den Fällen des §. 277. not. a. c., gewiß mit Unrecht und gegen den Geist der betreffenden Gesetze. — Die nach älterem Recht für die Fidejussio geltende Aufhebung durch Litiscontestatio mit dem Hauptschuldner oder einem Mitbürgen ist im Just. Recht für sie, wie für alle Correalobligationen, beseitigt. L. 28. Cod. h. t. 8. 40 (41). (§. 271. A. 3.)

[4] Vgl. §. 276. not. d. — a) L. 88. D. de V. O. (Paul.) Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione (*ex stipulatu actione?*) conveniri potest. L. 95. §. 1. D. de solut. 46. 3. (Papinian.): .. aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur

ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset. (§. 274. A. 2. b.) Dagegen b) L. 19. D. de dolo 4. 3. Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. c) L. 38. §. 4. D. de solut. (African.): .. hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fideiussorem, qui hominem promissum occidit. Bekker proc. Consumt. S. 208 fg. Vangerow III. §. 578. A. 2. Dazu Huschke Gaius S. 80 fg., welcher ausführt, daß der Sponsor und Fidepromissor des älteren Rechts ipso iure befreit wurden, aber de dolo hafteten, während der Fidejussor direct ex stipulatu verpflichtet blieb.

[5] L. 19. D. de except. 44. 1. stellt die Regel auf: Omnes exceptiones, quae reo competunt, fideiussori quoque etiam invito reo competunt. Dagegen §. 4. J. de replicat. 4. 14. Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fideiussoribus eius, et recte, quia, quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est iis, quod hi pro eo solverint. Das erste ist vollkommen richtig bezüglich der anfänglich begründeten auch die naturalis obligatio ausschließenden Exceptionen, z. B. L. 12. Cod. de non num. pec. 4. 30. L. 15. pr. D. h. t. 46. 1. L. 16. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. Außerdem aber vgl.: a) §. 282. not. h. b) L. 7. pr. D. de except. 44. 1. Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, *quod facere possit*, vel parens patronusve, non competit fideiussori; sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur (§. 225.). §. 1. ibid. Rei autem cohaerentes exceptiones (§. 102.) etiam fideiussoribus competunt, ut *rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est.* Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori etc. c) L. 32. D. de pact. 2. 14. Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fideiussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati iudicio conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fideiussori. L. 21. in f. L. 22. eod. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet — nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur; vgl. aber A. 2. cf. L. 23. 24. eod. L. 27. §. 2. L. 62. eod. d) L. 7. §. 1. in f. D. de except. (cf. Nr. b.) Idem dicitur, et si . . . fideiusserit . . . pro minore 25 annis circumscripto; quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio. L. 13. pr. D. de minor. 4. 4. In causae cognitione versabitur, utrum soli ei (*sc. minori*) succurrendum sit, an etiam his qui pro eo obligati sunt, utputa fideiussoribus. Itaque si, quum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo, non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori; nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subveniri; hic enim velut affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur, et sqq. cf. L. 3. §. 4. eod. L. 51. D. de procurator. 3. 3. L. 1. 2. Cod. de fideiussor. min. 2. 23 (24). L. 95. §. 3. D. de solut. 46. 3. vgl. §. 124. not. g. Girtanner S. 521 fg. Bekker S. 200 fg. Vangerow I. §. 179.

A. §. 188. A. 1. III. §. 578. A. 2. Nr. II. Hasenbalg S. 287 fg. 777 fg., insbesondere zu d) S. 356 fg. 780 fg. Vgl. auch, namentlich zu c), Huschke Gaius S. 80. [Brinz 2. Aufl. II. S. 185 fg.]

## V. Beschränkungen der Bürgschaft.

### §. 358.

Das römische Recht untersagt Bürgschaften der Soldaten für Pachtungen[a], Bürgschaften der Geistlichen für öffentliche Leistungen, weltliche Pachtungen, Vormundschaften und fremde Proceßführung[b]; die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist aber sehr zweifelhaft[1]. Wichtig dagegen sind die gesetzlichen Beschränkungen für Bürgschaften der Frauen, theils der Frauenspersonen überhaupt und zwar rücksichtlich der Wirksamkeit und rücksichtlich der Form der Intercessionen, theils der Ehefrauen insbesondere[2]. Sie beruhen theils auf dem Senatusconsultum *Velleianum* und dessen Auslegung[c], theils auf besondern Vorschriften Justinian's[d].

Anm. [1] Vgl. darüber Girtanner S. 143 fg. 283 fg. 368 fg.

[2] Kattenhorn über Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten. Gießen 1840. Girtanner S. 133 fg. 258 fg. 335 fg. Windscheid §. 485..488. Vangerow III. §. 577. 581.

## A. Senatusconsultum Velleianum.

### §. 359.

Nach dem genannten Senatsbeschluß sollen nicht nur Bürgschaften, sondern überhaupt Intercessionen der Frauen wirkungslos sein[1]. Intercession aber ist die Uebernahme einer Obligatio für einen Andern, neben demselben oder anstatt desselben, wodurch man sich der Gefahr aussetzt, anstatt desjenigen, welchen die Schuldverbindlichkeit eigentlich angeht, weil dieser die Befriedigung des Gläubigers nicht bewirkt, von dem letzten in Anspruch genommen zu werden und aus seinem Vermögen Zahlung leisten zu müssen[2]. Die Intercession ist 1) sog. cumulative Intercession, wenn Jemand neben dem eigentlichen Schuldner eine Obligatio übernimmt, so daß der Gläubiger seine Forderung gegen den einen oder andern richten kann; dahin gehört a) die Bürgschaft[a], b) die Ein-

[a] L. 31. Cod. de locato. 4. 65. cf. L. 8. §. 1. D. qui satisd. cog. 2. 8. [b] Nov. 123. cap. 6. cf. can. 29. C. XI. qu. 1. cap. 1. X. de fideiuss. 3. 22. [c] Dig. ad senatusconsultum Velleianum. 16. 1. Cod. 4. 29. [d] *α*) L. 23. Cod. l. c. *β*) Nov. 134. cap. 8. (Auth. *si qua mulier* ad L. 22. Cod. l. c.)

[a] L. 2. §. 1. D. h. t. 16. 1. L. 19. 22. Cod. de fideiuss. 8. 40 (41). L. 10. Cod. mand. 4. 35. (§. 350..353.).

gehung einer Gesammtschuld, welche ihrem Grunde nach ganz oder zum Theil den Mitschuldner angeht[b], sodann auch c) die Pfandbestellung für eine fremde Schuld[c], wodurch man diese ohne persönliche Verpflichtung gewissermaßen auf seine Sache übernimmt; 2) sog. privative Intercession, wenn Jemand eine Obligatio anstatt des Andern übernimmt, so daß gegen diesen der Gläubiger keine Forderung hat; dahin gehört a) die Uebernahme einer fremden Schuld durch Novation, Expromissio[d], desgleichen b) durch Litiscontestatio oder Uebernahme der Defensio gegen die Schuldklage[e], und ebenso c) durch Eingehung eines Compromisses für den Schuldner[f], aber auch d) die Eingehung einer Contractsverbindlichkeit gegen einen Dritten für einen Andern, welchem jene vorabgenommen werden und doch der Vortheil aus dem Rechtsgeschäft, als wenn er es selbst eingegangen wäre, zukommen soll[g], was man tacita intercessio zu nennen pflegt. Auf alle diese Fälle findet das genannte Gesetz Anwendung, wenn nämlich eine Frauensperson in solcher Weise eine Obligatio übernimmt, wobei sie noch darauf vertrauen mag, daß sie doch nicht aus ihrem Vermögen werde Zahlung zu leisten haben, nicht auch dann, wenn jenes mit dem Willen und in der entschiedenen Absicht geschah, auch die wirkliche Zahlung auf ihr Vermögen zu übernehmen[3].

Nicht unter das Gesetz fällt die Uebernahme von Schulden durch Antritt oder Kauf einer Erbschaft[h], das Versprechen der Schadloshaltung wegen Verpflichtungen, welche für Jemanden aus einer Handlung hervorgehen können, als wodurch nicht dessen Verbindlichkeit dem Gläubiger gegenüber übernommen wird[i], die Tilgung einer fremden Schuld, ohne sie auf sich übernommen zu haben[k], Verzicht auf ein Recht[4], wenngleich mit Rücksicht auf eine fremde Schuld[l], und die wirkliche Uebernahme einer Obligatio des Andern, die aber in der That (materiell) für die Uebernehmende nicht eine fremde ist[m]. Auch ist das Geschäft materiell nicht als Intercession zu betrachten, soweit der Intercedentin dadurch ein Vortheil zugegangen ist oder überhaupt nur ihr Vermögen durch die übernommene Verbindlichkeit und deren Erfüllung keine Verminderung erleidet[n].

[b] L. 17. §. 2. L. 18. D. h. t. (§. 213.). [c] L. 32. §. 1. D. h. t. cf. L. 8. pr. eod. (§. 364). [d] L. 8. §. 8. 9. D. h. t. (§. 268.). [e] L. 2. §. 5. eod. L. 10. §. 1. D. de in rem verso. 15. 3. L. 51. §. 1. D. de procurat. 3. 3. (§. 271.). cf. L. 23. 26. D. h. t. [f] L. 32. §. 2. D. de receptis. 4. 8. [g] L. 2. §. 1. L. 8. §. 14. L. 11. 12. 29. pr. D. h. t. L. 4. 19. Cod. h. t. [h] L. 32. pr. D. h. t. L. 13. pr. L. 19. §. 3. eod. [i] L. 8. §. 1. L. 19. §. 1. 2. D. eod. L. 6. §. 1. Cod. eod. cf. L. 19. §. 4. D. eod. [k] L. 4. §. 1. L. 5. D. h. t. L. 1. 9. Cod. h. t. cf. L. 21. §. 1. D. eod. [l] L. 8. pr. D. h. t. L. 11. 21. Cod. eod. [m] L. 3. 13. pr. L. 22. 24. pr. L. 27. §. 2. D. eod. cf. L. 17. §. 2. eod. [n] L. 16. pr. L. 17. §. 2. L. 21. 22. D. h. t.

Anm. [1] L. 2. §. 1. D. h. t. 16. 1. . . . Senatusconsulti verba haec sunt: *Quod Marcus Silanus et Velleius Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet* (Hal. *oporteret*), *de ea re ita censuere (consuluerunt): quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.* — Den Worten nach betrifft das Sc. nur die Fidejussio, den Hauptfall cumulativer Intercession, und die Aufnahme eines Darlehens für einen Anderen, d. i. einen speciellen Fall privativer Intercession (vgl. den §. unter 2. d.). Aber nach der Interpretation: Velleiano senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent (L. 1. pr. D. h. t.), und Omnis omnino obligatio senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesserint (L. 2. §. 4. eod.). Auch: in fraudem senatusconsulti . . . excogitata . . . rata haberi non oportere. L. 29. §. 1. D. eod.

[2] Ueber den Begriff und die Arten der Intercession: Sintenis in Linde's Ztschr. X. 2. Deurer im civ. Arch. XXVIII. 15. [Brinz 2. Aufl. §. 261.]

[3] Vgl. „über das Princip des Sc. Velleianum" Windscheid im civ. Arch. XXXII. 12. 13. Girtanner S. 335 fg. Vangerow §. 581. A. 1., auch Keller Pand. §. 292. — Eine andere Ansicht dagegen entwickelt Bachofen ausgewählte Lehren des R. Civilrechts, 1848. Abth. 1. „Das Velleianische Senatusconsult, seine ursprüngliche Fassung und spätere Erweiterung." Nach obigem Gesichtspunkt findet das Sc. z. B. nicht Anwendung, wenn die Frau contrahirt oder expromittirt, um dem Andern zu schenken oder eine Dos zu bestellen oder aus sonst einem Grunde demselben den Gegenstand des Contracts oder die Befreiung von der Schuld auf ihre Kosten als Vermögensvortheil zuzuwenden; arg. L. 4. §. 1. L. 21. §. 1. L. 22. D. h. t. Aber nicht läßt sich dasselbe behaupten bei der Verbürgung ohne Regreßanspruch (fideiussio donandi animo), wodurch die Erwartung, daß der Hauptschuldner selbst zahlen werde, nicht ausgeschlossen ist. So gegen Windscheid S. 296 fg. mit Recht Girtanner S. 339 fg. Vangerow a. a. O. S. 148 fg. Brinz 1. Aufl. S. 628 fg., der letzte mit dem Zusatz: „fordern, daß Intercedent sich in der Erwartung, gar nicht zahlen zu müssen, obligiren müsse (Windscheid S. 288 fg. und mit ihm jetzt auch Hasenbalg Beitr. z. L. v. d. Intercession I. 1856. S. 3 . . 6.), das scheint uns zu viel verlangt. Ueberhaupt dürfte diese Lehre besser gedeihen, wenn wir fragen, was im Sinne des Sc. Intercession, als was sein Princip sei." [Vgl. jetzt Brinz 2. Aufl. §. 261.] Aber mit diesem wollten die genannten Schriftsteller wohl nichts anderes, als eben jenes, den Grundgedanken des Gesetzes, eruiren und darin haben sie wohl nicht ganz fehlgegriffen, wenn auch die Formulirung zu scharf zugespitzt ist. Nicht zu billigen ist daher das wegwerfende Urtheil über dieses angebliche Princip bei Sintenis II. §. 129. A. 78 a, wornach sich damit „auch gar nichts anfangen läßt". Vgl. Windscheid Pand. §. 485. A. 3. Indessen ist neuestens wieder bei Gelegenheit eines interessanten Rechtsfalls selbst auch die nicht minder von Sintenis A. 91. angenommene Meinung, daß eine expromissio donandi causa die Intercedentin wirksam verpflichte, verworfen worden. Seuffert's Arch. XV. 224. Ob auch die a) als vermeintliche Schuldnerin delegirte oder b) als vermeintliche Gläubigerin delegirende Frau

des Schutzes des Sc. genieße? Fuhr im pract. Arch. II. 6. [S. 102 fg. Schlesinger v. Unanfechtbarkeit d. Delegationsstipulation 1882. bes. §. 4.] arg. a) L. 17. pr. L. 23. D. h. t. L. 19. D. de novat. 46. 2. cf. L. 8. §. 2. D. h. t. b) L. 8. §. 6. D. h. t. vgl. Windscheid a. a. O. S. 819 fg.

[4 Ueber die Einräumung der Pfandpriorität (Vorrangseinräumung, pactum de *postponendo*) s. Brinz 2. Aufl. §. 261. A. 17. §. 262. A. 13.]

## §. 360.

Die Intercession einer Frau gegen das Gesetz ist unwirksam[a] kraft der exceptio senatusconsulti Velleiani[1]. Diese kann selbst noch der actio iudicati aus dem Intercessionsgeschäft entgegengesetzt werden[b]. Sie hebt die Obligatio der Intercedentin auch als naturalis obligatio völlig auf[c], kommt daher immer auch den Bürgen der Intercedentin[d], und denjenigen, die für ihre Obligatio ein Pfand bestellt haben[e], zu Statten. Auch steht sie demjenigen zu, der im Auftrag der Frau intercedirte[f]. Irrthümliche Zahlung der übernommenen Schuld begründet die condictio indebiti[g]. Ist der Intercedentin durch das Intercessionsgeschäft eine Sache schon entzogen worden, so kann sie dieselbe vindiciren und die auf deren Uebertragung gegründete Einrede durch replicatio senatusconsulti Velleiani[2] entkräften[h].

Dem Gläubiger werden die Klagen, die er durch die ungültige (privative) Intercession verloren hat, wiedergegeben als restitutoriae oder rescissoriae actiones[i]; im Fall der sogenannten tacita intercessio (§. 359. 2. d.) wird ihm als utilis oder sog. institutoria actio[3] die Klage beigelegt, welche er ohne die Intercession der Frau durch Selbstvornahme des fraglichen Geschäfts mit dem Dritten erhalten hätte[k].

Anm. 1 Gegen die abweichende Meinung von Fuhr im pract. Arch. II. 5. S. 68 fg. vgl. Sintenis II. §. 129. A. 79.

2 L. 32. §. 2. D. h. t. Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicabitur a muliere: *aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit.* Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Ueber die Auslegung dieser Stelle s. Sintenis in Linde's

a L. 25. §. 1. D. h. t. L. 20. Cod. h. t. b L. 11. D. ad Sc. Maced. 14. 6. c L. 8. §. 9. L. 16. in f. D. h. t. d L. 16. §. 1. D. h. t. L. 14. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 4. D. eod. e L. 2. D. quae res pign. 20. 3. f L. 6. 7. 30. §. 1. L. 32. §. 3. D. h. t. L. 15. Cod. eod. cf. L. 8. §. 10. D. eod. g L. 40. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 8. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. cf. L. 8. §. 10. D. eod. h L. 32. §. 1. 2. D. h. t. L. 39. §. 1. L. 40. D. de rei vind. 6. 1. i L. 1. §. 2. L. 8. §. 7..13. L. 9. 13. §. 2. L. 14. D. h. t. L. 16. Cod. h. t. cf. L. 10. D. eod. k L. 8. §. 14. 15. D. h. t.

Ztschr. X. S. 51. und Windscheid a. a. O. S. 291 fg. Brinz 1. Aufl. S. 627 fg. [2. Aufl. §. 262. A. 18.] Windscheid 4. Aufl. §. 485. A. 5.

3 Ueber die Entstehung dieser Benennung vgl. L. 8. §. 14. D. h. t. Si, quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse, quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata. [Brinz 2. Aufl. II. S. 238: „So sehr das Sc. für die Frau ist, so wenig ist es gegen den Gläubiger".]

## §. 361.

In folgenden Fällen tritt die Regel des Sc. Velleianum außer Wirkung: 1) wenn die Frau, damit sie intercedire, etwas empfangen hat[a], 2) wenn sie bezüglich der Intercession den Gläubiger betrügerisch getäuscht hat[b], oder 3) der letzte in entschuldbarem Irrthum befangen nicht wußte, daß die Frau intercedire[c], 4) wenn derselbe minderjährig, und der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist[d], 5) wenn die Intercession für Bestellung einer Dos geschehen[e], 6) wenn die Intercedentin nach Ablauf von zwei Jahren die Intercession wiederholt hat[f], 7) wenn die Intercedentin der Rechtswohlthat des Velleianischen Senatsbeschlusses, nachdem sie über die Folgen des Verzichts durch einen Rechtskundigen belehrt worden, oder auch ohnedies unter eidlicher Bestärkung entsagt oder die Intercession selbst eidlich bestärkt hat, endlich 8) wenn eine Frau, die ein öffentliches Gewerbe treibt, namentlich eine Handelsfrau, in einem mit diesem Gewerbgeschäft in Verbindung stehenden Falle intercedirt.

Anm. Ueber diese Ausnahmen vgl. überhaupt Windscheid diss. inaug. de valida mulierum intercessione. Bonnae 1838. und im civ. Arch. XXXII. S. 313 fg. Vangerow III. §. 581. A. 1. [Brinz 2. Aufl. §. 263. a. A.] Insbesondere:

1) Die Ausnahme unter 1) wird nicht als eigentliche Ausnahme angesehen, sondern schon aus dem Princip des Sc. gefolgert von Windscheid a. a. O. S. 299 fg. Girtanner S. 336., ohne hinreichenden Grund. Windscheid Pand. §. 486. A. 3.

2) Bezüglich der Ausnahme unter 2) fragt sich, ob sie schon eintrete, wenn die Frau mit Kenntniß der gesetzlichen Unverbindlichkeit ihrer Handlung intercedirte? L. 30. pr. D. h. t. Si decipiendi animo vel quum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei senatusconsulti non datur; actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit. Aber der letzte Satz beweist, daß jenes Wissen die exceptio nur ausschließt, sofern deßhalb ein dolus mulieris vorliegt, was nicht nothwendig der Fall ist. Die richtige Erklärung, wornach die Stelle von absichtlicher Täuschung und doloser Nicht-Enttäuschung des

[a] L. 23. pr. §. 1..1 c. (pr. §. 1.) Cod. h. t. [b] L. 2. §. 3. L. 30. pr. D. h. t. L. 5. 18. Cod. eod. [c] L. 4. pr. 6. 11. 12. 27. pr. 28. §. 1. D. h. t. [d] L. 12. D. de minor. 4. 4. [e] L. 12. 25. Cod. h. t. cf. L. 24. eod. [f] L. 22. Cod. h. t. Nov. 61. cap. 1. §. 1. in f.

Gläubigers zu verstehen ist, gibt Windscheid S. 317 fg.; vgl. auch Bachofen a. a. O. S. 43 fg.

3) Die Möglichkeit wirksamer Verzichtleistung auf das beneficium Scti. Velleiani (im §. unter 7.) ist im R. R. ausdrücklich anerkannt bei der Mutter und Großmutter, welche die Vormundschaft über Kind oder Enkel übernehmen: L. 3. pr. (L. 3.) Cod. quando mulier. 5. 35. Nov. 118. cap. 5., und für den Fall, daß eine Frau als Beklagte den Proceß für denjenigen übernehmen will, für welchen sie intercedirte: L. 32. §. 4. D. h. t. Hiernach ist denn überhaupt, obwohl theoretisch häufig bestritten, in der Praxis, sowohl im byzantinischen Reiche als im Abendlande, von jeher die Wirksamkeit des Verzichts, und zwar auch des gleich bei der Eingehung des Intercessionsgeschäfts erklärten Verzichts, jedoch unter der im §. angegebenen Voraussetzung, als Regel angenommen worden. Girtanner S. 262 fg. 364 fg. Sintenis II. §. 129. A. 98. Daß die Vorschützung der erworbenen Exceptio von dem Belieben der Beklagten abhängt, versteht sich ohnehin: arg. L. 31. 34. §. 2. D. h. t. Sintenis in Sell's Jahrb. II. 9. bes. S. 347 fg. — Die Wirksamkeit des eidlichen Verzichts ergibt sich aus den Grundsätzen des kanonischen Rechts (§. 240. 1.).

4) Die Ausnahme unter 8) beruht auf heutigem Gewohnheitsrechte (vgl. das Handelsgesetzb. Art. 6. Abs. 2.), geht aber nicht so weit, daß für Handelsfrauen das Sc. Vell. überall gar nicht gelte. Thöl Handelsrecht. 4. Aufl. §. 50. [5. Aufl. §. 42.] Girtanner S. 351.

## §. 362.

## B. Besondere Form für Intercessionen der Frauen.

Justinian hat dem Recht des Velleianischen Senatsbeschlusses die Vorschrift hinzugefügt, daß zu jeder Intercession einer Frau eine öffentliche von drei Zeugen unterschriebene Urkunde erforderlich sein solle[a], welche Vorschrift jedoch nach heutigem Gebrauche so angewendet wird, daß nur entweder eine öffentliche oder eine von drei Zeugen unterschriebene Urkunde (instrumentum publicum oder quasi publicum) nothwendig ist. Ohne diese Form ist die Intercession schlechthin nichtig; ist sie beobachtet, so kommen dann noch erst die Vorschriften jenes Gesetzes (§. 360. 361.) zur Anwendung. Indessen machen auch in Beziehung auf diese Formvorschrift eine Ausnahme: 1) nach dem Inhalt und Geist des betreffenden Gesetzes selbst[b] die Fälle in §. 361. unter 1 . . 3.; 2) nach der Absicht anderer, theils späterer, theils gleichzeitiger Gesetze die Intercession für die Dos[c] und die Intercessionen der Mutter und Großmutter nach gerichtlich erklärtem Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten[d]; 3) nach kanonischem Recht die eidlich bestärkte Intercession[e], und 4) nach Gewohnheitsrecht die Intercession der Handelsfrauen[f].

[a] L. 23. §. 2. Cod. h. t. [b] L. 23. pr. §. 1 . . 1 b. (pr.) §. 2. Cod. h. t. cf. L. 11. D. h. t. [c] L. 25. Cod. h. t. [d] Nov. 118. cap. 5. L. 3. pr. (L. 3.) Cod. quando mulier. 5. 35. [e] §. 361. A. 3. a. E. [f] §. 361. A. 4.

Anm. Die Auslegung der L. 23. Cod. h. t., insbesondere ihr Verhältniß zu den Ausnahmefällen des §. 361., ist noch immer sehr streitig. Vgl. Vangerow III. §. 581. A. 2. Girtanner S. 351 fg. Sintenis II. §. 129. A. 79. 89 fg. Windscheid §. 488. [Brinz 2. Aufl. §. 263. A. 5..8.]

## §. 363.

## C. Beschränkung der Intercession der Ehefrauen.

Nach einer andern Verordnung Justinian's soll die Intercession einer Ehefrau für ihren Ehemann, in welcher Form sie auch beurkundet werde, schlechthin nichtig sein, und wenn sich auch die Frau mit dem Manne als Schuldnerin in einer Urkunde verpflichtet hat, so soll sie doch der Gläubiger immer nur so weit in Anspruch nehmen können, als er beweist, daß der Gegenstand des Schuldgeschäfts auch wirklich ihr zu Gute gekommen sei[1]. Die heutige Praxis erkennt indessen auch hier den Verzicht der Frau auf den Schutz des Gesetzes als wirksam an, wenn derselbe nach vorgängiger Rechtsbelehrung in Abwesenheit des Ehemanns erklärt, oder wenigstens, wenn er eidlich bestärkt worden ist[2].

Anm. [1] Das betreffende Gesetz, Nov. 134. cap. 8., sagt nach der Vulg.: Et illud vero praevidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt. Daraus ist entnommen die Auth. *si qua mulier* etc. ad L. 22. Cod. h. t. 4. 29., die in der Praxis gewöhnlich als Quelle obigen Rechtssatzes genannt wird. Ueber die streitige Auslegung des Gesetzes vgl. Vangerow a. a. O. A. 3. Girtanner S. 358 fg. Busch im civ. Arch. XXXI. S. 25 fg. [Brinz 2. Aufl. §. 263. A. 9 fg.]

[2] Gegen die Nothwendigkeit eidlicher Bestärkung des Verzichts: Pfeiffer das bayer. Notariat und die Auth. si qua mulier. 1870. — Die Bestimmungen des R. Rechts über Intercession der Frauen (§. 357..363.) sind übrigens im Ganzen von sehr problematischem Werthe, und hat sich die neuere Gesetzgebung nicht ohne Grund mehr oder weniger davon abgewendet. Oesterr. Gesetzb. §. 1349. „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechts Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht"; vgl. Preuß. Landr. I. 14. §. 221..244. Girtanner S. 551 fg. So auch die neuesten Entw. [Vgl. Stobbe Handb. III. S. 319 fg.]

# Viertes Capitel.

## Von Sicherung der Forderungen durch Pfandrecht [1].

## I. Wesen des Pfandrechts im Allgemeinen.

### §. 364.

### A. Begriff.

Die Gewähr für die Verwirklichung einer Forderung liegt vorzüglich in dem Vermögen des Schuldners. Durch Bürgschaft wird diese Gewähr auch auf das Vermögen des Bürgen ausgedehnt. Aber durch die Unzulänglichkeit und Wandelbarkeit des Vermögens beider kann immer noch die Forderung gefährdet werden (§. 226.). Dagegen wird dem Gläubiger eine Sicherheit anderer Art geboten, wenn die Haftung für die Forderung dergestalt auf eine Sache übertragen wird, daß er in dieser ein Mittel hat, seine Befriedigung zu bewirken. So entsteht das Pfandrecht [a].

Dieses ist das Recht eines Gläubigers, eine Sache, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Vermögen des persönlich Verpflichteten sich befinde oder nicht [b], als durch ihren Werth ihm haftend für die Befriedigung seiner Forderung in Anspruch zu nehmen [c], nöthigenfalls durch deren Veräußerung sich diese Befriedigung wirklich zu verschaffen [d]. Es ist ein Recht an der Sache [e]; gegen diese unmittelbar ist es gerichtet und gegen jeden Inhaber derselben verfolgbar. Aber es unterscheidet sich wesentlich von andern dinglichen Rechten vorerst dadurch, daß es ein accessorisches Recht einer Forderung ist, zu deren Sicherung es dient (§. 366.), sodann dadurch, daß es durch sein Bestehen an sich nicht den Inhalt des Eigenthums einschränkt oder mindert, selbst das Veräußerungsrecht dem Eigenthümer nicht schlechthin benimmt [f], aber dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, ohne Rücksicht auf inzwischen stattgefundene Veräußerung das Eigenthum zu dem angegebenen Zweck dem Eigenthümer zu entziehen [2]. Die Verpfändung der Sache ist gleichsam eine accessorische Verpflichtung derselben, eine sachliche Bürgschaft (§. 359. l. c.) für die Bezahlung einer Schuldforderung [3].

[a] Dig. de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum. 20. 1. Cod. de pignoribus. 8. 13 (14). cf. X. de pignoribus et aliis cautionibus. 3. 21. [b] L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. §. 2. D. h. t. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. [c] L. 16. §. 3. D. h. t. 20. 1. cf. §. 378. [d] L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. cf. §. 375. [e] L. 19. pr. D. de damno inf. 39. 2. L. 30. D. de noxal. act. 9. 4. cf. §. 126. A. 1. [f] L. 15. Cod. h. t. 8. 13 (14). L. 12. Cod. de distract. pign. 8. 27 (28). cf. §. 132. A. 5.

Zweck dieses Sachenpfandrechts ist, dem Gläubiger die Befriedigung für seine Forderung unabhängig von dem Vermögen der persönlich ihm Verpflichteten zu sichern; sein Wesen ist, daß die Sache, d. i. deren Eigenthum, zwar fremdem Vermögen angehört, der Gläubiger aber jedem gegenüber befugt ist, nöthigenfalls durch den Werth[3a] derselben sich Befriedigung zu verschaffen. In gleicher Weise können nun aber auch andere Vermögensrechte (unkörperliche Sachen) einem Gläubiger, mehr oder minder vollkommen, als Sicherungsmittel für eine Forderung dienen, und so ist denn auch der Begriff der Verpfändung und des Pfandrechts, nach Analogie der Sachverpfändung, in weitestem Umfange auf andere Vermögensrechte, insbesondere auch auf Forderungen, angewendet worden (§. 367.). Dabei versteht es sich von selbst, daß die pfandrechtliche Befugniß sich je nach Verschiedenheit des Gegenstandes verschieden gestalten muß, und kann das Pfandrecht in dieser Ausdehnung nicht immer ein dingliches Recht sein[4].

Anm. [1] Als Bearbeitungen dieser Lehre sind hervorzuheben: Hug. Donelli tract. de pignoribus et hypothecis, als Anhang zu dessen comment. iur. civ. ed. Bucher, vol. XV. pag. 429 .. 556.; vgl. desselben comment. ad Cod. lib. VIII; Gesterding d. L. vom Pfandrecht nach Grundsätzen des R. R. 1816. 1831.; Sintenis Hdb. d. gemeinen Pfandrechts. 1836.; Heimbach Art. Pfandrecht, im Rtslex. VIII. S. 1 bis 77.; Bachofen das röm. Pfandrecht. Bd. 1. 1847. (vgl. Keller in d. krit. Jahrb. Jahrg. XI. Bd. XXII. S. 961 .. 1022.); und vorzüglich H. Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts. Bd. 1. 2. 1860. 1864. (vgl. Scheurl krit. Vjschr. II. S. 416 fg. 481 fg. Kuntze in Schletter's Jahrb. VII. S. 10 fg.) Dazu vgl. als neuere principiell bedeutende Schriften: Sohm d. L. vom subpignus. Rostock 1864. S. 6 .. 52. (drbr. Bekker in krit. Vjschr. VI. S. 473 fg. Regelsberger in Schletter's Jahrb. XI. S. 3 fg.). F. P. Bremer das Pfandrecht und d. Pfandobjekte. 1867. (drbr. Fr. Hofmann krit. Vjschr. XII. S. 524 fg.). Ed. Spiegel de iuris pignoris atque singillatim subpignoris speciei natura diss. inaug. Berol. 1869. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffes (1873) [bes. gegen Bremer gerichtet, drbr. Bekker in d. krit. Vjschr. XV. S. 532 fg.]; dazu Pfaff zur Kritik des Pfandrechtsbegriffes [gegen Exner] in d. Wiener Ztschr. I. S. 41 .. 78., Forlani im Archiv. giurid. XI. p. 55 .. 69. — Schott über die accessorische Natur des Pfandrechts, in d. dogm. Jahrb. XV. 1. [Vgl. auch Planta Beitrag z. Kenntniß d. deutsch-schweiz. Hypothekarrechte .. 1884. Ueberwiegend germanistischen, zum Theile aber auch romanistischen Inhaltes sind J. Kohler's Pfandrechtliche Forschungen. 1882. (drbr. Exner in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 503 fg. Pfersche in d. Wiener Ztschr. X. S. 187 fg.)] — Zur Kritik der betr. Quellen vgl. Huschke z. Pandektenkritik S. 13 .. 36.; [zur Exegese: Bethmann-Hollweg das 20. Buch der Pand. als Beispiel klassischer Jurisprudenz f. Studirende erläutert. 1. (einziges Heft) 1877.].

[2] L. 15. Cod. h. t. Debitorem neque vendentem neque donantem neque legantem vel per fideicommissum relinquentem posse deteriorem facere creditoris conditionem certissimum est. Unde si tibi obligatam rem probare posse confi-

dis, pignora persequi debes. Die Veräußerung überträgt das dominium nur cum sua causa. L. 12. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). Auch Einräumung von dinglichen Rechten als partielle Veräußerung kann demnach das Recht des Gläubigers nicht schmälern: Fitting Begriff der Rückziehung S. 73. A. 110., wogegen mit Unrecht Scheurl in der krit. Ueberschau V. S. 38. [Ebensowenig kann es durch Dereliction oder, bei Sklaven, durch Freilassung vereitelt werden: Pfaff an dem hier in A. 4. ang. O.]

³ Eine gewisse Verwandtschaft des Pfandrechts mit den Obligationen gibt sich schon sprachlich kund in der gewöhnlichen Bezeichnung der Verpfändung durch *obligatio rei*, rem obligare u. s. w. Diese wird auch geradezu gegenübergestellt der persönlichen Verpflichtung: L. 11. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. „pignoris quidem obligationem praediorum Gaiam Seiam ... remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse", und mit dieser unter der gemeinschaftlichen Benennung obligationes begriffen. L. 5. §. 2. D. l. c. vgl. §. 201. A. 3. c. Mit großem Eifer ist diese Eigenthümlichkeit des Pfandrechts geltend gemacht von Büchel Civilr. Erörter. I. 2. Es ist aber nicht zu billigen, wenn man daraus eine wahre Obligatio (ein sog. dingliches Forderungsrecht) macht, wobei die Sache (Büchel a. a. O.) oder der jedesmalige Besitzer Schuldner sei (Sintenis [Pfandr. bes. §. 2.]). Vgl. dagegen Lang im civ. Arch. XXVIII. 14., Puchta §. 193. not. d. Keller §. 190. Dernburg I. S. 104 fg. Windscheid §. 224. not. 8., [Kohler §. 5., der namentlich ausführt, daß auch das moderne Hypothekenwesen an der dinglichen Natur des Pfandrechts nichts geändert habe und die moderne Hypothek keineswegs eine bloße obligatio in rem scripta sei;] Brinz 1. Aufl. §. 82. [2. Aufl. §. 206 fg. §. 346. §. 349. u. in d. Wiener Ztschrft. I. S. 11 fg. bes. S. 26 fg. vergleicht nicht das Pfandrecht mit der Obligation, sondern umgekehrt diese mit jenem, indem er nicht die Verpflichtung, sondern die „Haftung", obligatio im weiteren S., in den Vordergrund stellt, und diese, je nach dem „Satisfactionsobject" in Personenhaftung (personae obligatio) und Sachenhaftung (rei obligatio) eintheilt.] Vgl. Scheurl in d. krit. Vjschr. II. S. 434 fg. Vangerow I. §. 363. A. 2. — Andere haben nun versucht, von den Pfandklagen ausgehend, das Wesen des Pfandrechts im römischen Sinn zu entwickeln. Rudorff in der Ztschr. für gesch. Rtsw. XIII. 4. und Bachofen a. a. O. [bes. Nr. III. S. 81 fg.] So verdienstlich und lehrreich diese Versuche für die geschichtliche Erkenntniß und Interpretation der Quellen sind, so darf doch auch nicht durch einseitige Behauptung dieses Standpunktes das Recht materiell dogmatischer Auffassung des ausgebildeten Instituts verkümmert werden. Vgl. auch Brinz 1. Aufl. §. 80 fg. Rudorff zu Puchta a. a. O. (9. Aufl.).

[³ᵃ Darf man darum das Pfandrecht „ein Recht auf den Vermögenswerth eines Objectes", ein „Recht am Werth" nennen? Dafür Sohm S. 12 fg. Bremer Pfandr. und Pfandobj. S. 62. Vgl. Hypothek und Grundschuld (1869) S. 55 fg. (vgl. auch Kohler S. 47. 48. 52.). Dagegen Exner S. 25 fg.]

⁴ Auch dies versteht sich von selbst, wenn man unter dinglichem Recht nur ein Recht an einer (körperlichen) Sache versteht (§. 22.). Sohm a. a. O. S. 26. Andere nennen das Pfandrecht überall, auch das Pfandrecht an einer Forderung, ein dingliches Recht, als absolutes Recht an einem Rechte oder einer unkörperlichen Sache, [als unmittelbare Herrschaft über das verpfändete Recht]. Windscheid §. 227. Neuner Rechtsvh. S. 79 fg. Bremer a. a. O. [S. 80 fg.]. [Hofmann a. a. O.] Bremer erkennt [S. 39 fg. S. 59 fg.] auch in dem Sachenpfandrechte i. e. S. nur ein

dingliches Recht an einem Rechte, an dem fremden Eigenthumsrechte, nicht ein Recht an der (körperlichen) Sache; [wodurch sich z. B. die Verhältnisse beim Miteigenthum am einfachsten erklären; vgl. östr. G.B. §. 829.]. Damit stimmt sachlich überein Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, S. 13 fg. A. 29., nicht aber in der Terminologie, welche Absolutheit und Dinglichkeit eines Rechts identificirt: „Das Pfandrecht ist nie ein dingliches Recht, da es dem Pfandgläubiger keine rechtliche Macht über den Körper der Sache gibt, aber es gibt dem Gläubiger immer eine von der Person des Verpfänders unabhängige Sicherheit, und ist daher, was auch sein Gegenstand im einzelnen Falle sein mag, immer ein absolutes Recht". Dagegen Windscheid 4. Aufl. §. 224. 227. A. 7. 8., [der jedoch, was das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers anbelangt, Bremer's Auffassung billigt, nur darauf hinweisend, daß in der Veräußerung des Eigenthumsrechtes der Wille des Gläubigers sich mittelbar auch für den Körper der Sache geltend macht; nicht gehörig beachtet findet er nur das Besitzesrecht des Pfandgläubigers, in welchem sich dessen Wille für den Körper der Sache in aller Unmittelbarkeit geltend mache]; gegen die Dinglichkeit des Forderungspfandrechts insbesondere Bürkel in d. krit. Vjschr. XI. S. 218 fg., überhaupt gegen Windscheid und Bremer Spiegel l. c. pag. 15. sq. vgl. Förster 2. Aufl. III. S. 363 fg. [Principieller Gegner der Bremer'schen Anschauung ist Exner in der ang. Abh., der die Auffassung: überall sei die Sache Gegenstand des Pfandrechtes, mit Scharfsinn und Eleganz vertritt. Gegen Bremer auch Kohler §. 4.; er glaubt die ganze tiefgedachte Theorie der Rechte an Rechten mit einem leicht widerleglichen und lange widerlegten (s. A. 2.) juristischen Argument und einer Parallele mit — der Unübertragbarkeit der Geschmacksempfindungen abthun zu können.] Bruns in Holtzendorff's Encyklop. I. S. 310. [2. Aufl. S. 374.] nennt das Pfandrecht ein Verwerthungsrecht, das in seiner Ausübung das Eigenthum zerstöre, weil der Werth der Sache nur gegen das Eigenthum eingetauscht werden könne; Gegenstand desselben aber, sagt er, sei doch immer die Sache, nicht das Eigenthum an ihr, denn „die Sache hat den Werth, nicht das Recht". Wirklich? ist es nicht der Werth des Eigenthums, das der Pfandgläubiger gewährt, der ihm geboten wird? Wie denn? Wenn er die ihm verpfändete nuda proprietas verkauft? [s. Pfaff in d. Wiener Ztschft. I. S. 62 fg.]

## §. 365.

## B. Arten des Pfandrechts.

Dem Gläubiger kann der Besitz des Gegenstandes eingeräumt sein, der ihm zur Sicherung seiner Forderung als Pfand dienen soll, sei es (abgeleiteter) juristischer Besitz, wodurch er dann auch die Besitzklagen erhält (§. 135. a. E.), oder bloße Detention mit dem Recht der Verwahrung (§. 93. not. l. m.). Das Pfand heißt in diesem Falle pignus im engeren Sinne, heutzutage Faustpfand. Das Pfandrecht ohne Besitzübertragung heißt dagegen insbesondere hypotheca[1]. Beide Arten des Pfandrechts sind sowohl an beweglichen[1a] als unbeweglichen (körperlichen) Sachen möglich[2], die erste aber natürlich nicht in Anwendung auf solche Rechte, an welchen kein Besitz stattfindet. In dem, was das Wesen des Pfandrechts ausmacht, treffen beide, Pignus im engern Sinn

und Hypothek, zusammen: auch wird häufig die letzte unter dem ersten Ausdruck mitverstanden, und der Unterschied zwischen beiden tritt um so mehr als unwesentlicher zurück, als auch der Hypothekargläubiger hinterher kraft des Pfandrechts den Besitz des Pfandes (Pfandgegenstandes) erlangen kann (§. 378. 380.)[3].

Andere Eintheilungen der Pfandrechte ergeben sich noch aus andern Rücksichten (§. 370 . . 373. 384 . . 386.).

Anm. [1] L. 9. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem. Cf. §. 7. J. de act. 4. 6. L. 238. §. 2. D. de V. S. (Gai. ad XII. tabb.) Pignus appellatum a pugno (?), quia res, quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui. Dagegen L. 1. pr. D. de pign. act. 13. 7. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. L. 5. §. 1. D. de pign. 20. 1. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. Cf. §. 7. J. cit. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest. [De lege ferenda: Leonhard über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhang über die beabsichtigte Beseitigung des constit. poss. in d. Beitr. z. Erläut. d. D. R. XXV. S. 177 fg. Vgl. A. 1 a.] Ueber die Etymologie des Wortes pignus: von pango, pago, griechisch πήγνυμι? pacisci? vgl. Dernburg I. S. 49. Stölzel im civ. Arch. XLV. S. 256 fg. — Im älteren Recht gab es noch eine Art von Verpfändung mittels Uebertragung des Eigenthums (durch mancipatio oder in iure cessio) unter Verabredung der Rückübertragung nach Tilgung der Schuld: *Fiducia.* Pauli sentt. II. 13. Gai. II. 60. Dernburg I. S. 7 fg. Scheurl in d. krit. Vjschr. S. 417 fg. [Voigt die XII Tafeln II. §. 86. 121.] Diese Form ist, wie mancipatio und in iure cessio, nicht in's Justinianische Recht übergegangen; sie war durch Ausbildung der andern ihrem Zweck sogar besser entsprechenden Verpfändungsarten völlig entbehrlich geworden. In L. 9. §. 2. cit. ist wahrscheinlich eine Beziehung darauf ausgemerzt; sicher ist eine darauf bezügliche Interpolation in L. 49. §. 1. D. soluto matr. 24. 3. vgl. mit Vat. fragm. §. 94. Vgl. auch L. 4. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. L. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 28. 29. D. fam. erc. 10. 2. und darüber Arndts Beitr. S. 208 fg. (civ. Schr. I. 30.) u. in d. Fortsetzung von Glück's Erläutrg. Th. 47. S. 53 fg. Windscheid Pand. §. 233a. A. 1. [Lenel in d. Zschr. f. Rechtsgesch. XVI. Bd. Rom. Abth. S. 104 fg., 177 fg.] Möglich ist zwar auch jetzt noch Uebertragung des Eigenthums an den Gläubiger unter jener Verabredung; dies würde aber jetzt nichts anderes sein, als ein unbenannter Contract (§. 235.). Vgl. Seuffert's Arch. VII. 282. XIV. 90. [Ob jetzt noch zulässig mit Rücksicht auf A. 1a? Hellwig im civ. Arch. LXIV. 9. S. 369 fg. — Vgl. zu §. 365 übhpt. Brinz 2. Aufl. II. §. 350.]

[1a S. jedoch jetzt Einf.-Ges. z. Reichs-Conc.-O. §. 14: „Faustpfandrechte im Sinne des §. 40. der C.O. bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat."]

[2] Anders verhält es sich nach heutigen Rechten, mit Rücksicht auf das Institut der Hypothekenbücher. Das Nähere darüber gehört aber nicht in das Pandektenrecht. Vgl.

Deutsches Hypothekenrecht, nach den Landesgesetzen der größeren Staaten systematisch dargestellt, hrsgeg. von Meibom, wovon bisher erschienen: das hannoversche Hypothekenrecht, von Bar, 1871., das Mecklenburgische H.-R., von Meibom, 1871., das bayer. H.-R. von Regelsberger, 1. Abth. 1874. [2. Abth. 1877.], das k. sächsische H.-R., von Siegmann, 1875., das österr. H.-R., von Exner, 1. Abth. 1876 [2. Abth. 1881.] [das württemb. Unterpfandsr., v. Römer, 1876., das rhein.-franz. Privilegien- und Hypoth.-R. unter Mitwirkung von Dreyer, Gorius, Heinsheimer, Lippold und Thoma herausgegeben v. Puchelt, 1. Abth. 1876. 2. Abth. 1877., das preußische Hyp.-R., von Dernburg und Hinrichs, 1. Abth. 1877. Vgl. Sohm über Natur und Geschichte der modernen Hypothek in d. Wiener Ztschr. V. S. 1—37. Roth in d. krit. Vjschr. XXI. S. 15 fg.].

3 Vgl. Stölzel a. a. O. (§. 288. A. 2.); aber dazu Bremer a. a. O. S. 119 fg. 181 fg.

## C. Voraussetzungen des Pfandrechts.

### §. 366.

#### 1) Eine Schuldforderung.

Zur Entstehung eines Pfandrechts wird seinem Begriffe gemäß (§. 364.) vorerst vorausgesetzt eine Forderung desjenigen, welchem das Pfandrecht zustehen soll[a], wenn sie auch nur als naturalis obligatio[1] wirksam ist[b]. Doch kann wohl für eine bedingte oder künftige Schuld schon im Voraus ein Pfand bestellt werden[c], wie sich ein Bürge im Voraus verpflichten kann[2]; aber die Entstehung des Pfandrechts ist alsdann bedingt durch die wirkliche Entstehung der Forderung[d 3].

Anm. 1 Man hat behauptet, die Verpfändung für eine klaglose Obligatio könne nur ein Retentionsrecht, nicht die Pfandklage geben; ohne Grund cf. L. 13. pr. D. de cond. indeb. 12. 6. Doch kann der Pfandklage wohl dieselbe Einrede entgegenstehen, welche die persönliche Klage unwirksam macht, aus gleicher Rücksicht, wie nach §. 357. A. 5. der Klage gegen den Bürgen. L. 2. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 9. §. 3. D. de Sc. Maced. 14. 6. Vgl. Büchel über die Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen, in dessen Erörter. II. 1. Vangerow §. 364. A. 2. Dernburg I. §. 72. 73. S. 537 fg. Schwanert Naturalobligationen S. 209 fg. [Schott in d. dogm. Jahrb. XV. 1. bestreitet, daß das Vorhandensein einer Forderung Voraussetzung des Pfandrechts sei, nennt es aber gleichwohl ein accessorisches Recht, weil es seinen Zweck nicht in sich selbst trägt; vgl. dagegen Karlowa Rechtsgeschäft S. 37 fg. Note 1. Windscheid §. 225. N. 7. — Voß (dogm. Jahrb. XV. S. 372 fg.) gibt zwar zu, daß aus der accessorischen Natur des Pfandrechtes die Unmöglichkeit seiner Existenz ohne Forderung, leugnet aber, daß daraus auch seine Unübertragbarkeit auf eine andre Forderung folge. Brinz 2. Aufl. II. §. 348. leugnet, daß das Pfand für eine Obligation hafte; vielmehr hafte es für die Leistung. Begrifflich sei das Pfandrecht kein accessorisches R., und selbst im röm. R. habe es sich, „wenigstens was den

a L. 1. 2. Cod. si pignoris conventionem numeratio (pecuniae) secuta non sit. 8. 32 (33). cf. L. 33. D. h. t. 20. 1. b L. 5. pr. D. l. c. L. 101. §. 1. D. de solut. 46. 3. cf. L. 32. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. c L. 5. pr. D. cit. d L. 13. §. 5. D. h. t.

Fortbestand anlangt, von der persönlichen Obl. unabhängig erhalten." Wenigstens hat es „die Auffassung des Pfandrechts als eines accessorischen R. nicht unversehrt durchgeführt." Windscheid I. §. 225. geg. E. Viel weiter in der Beseitigung der accessorischen Natur gehen die modernen Hypotheken-Gesetze, deren manche die „Grundschuld" als ein ganz selbständiges Recht behandeln. Doch gehen die Gesetze, die Auffassungen der Schriftsteller in Betreff der Natur dieser modernen Hypothek, sowie des wirthschaftlichen und juristischen Werthes des Selbständigkeits-Dogmas weit auseinander. S. P. Roth krit. Vjschft. XXI. S. 15 fg. Windscheid §. 225. N. 14..18. und die daselbst Citirten. H. Rudolph im civ. Arch. LXVII. S. 192..300 (gegen die Selbständigkeit). — Vgl. unten §. 389. A. 2. und §. 391.]

[2] Dernburg I. §. 68. 69. Vgl. Scheurl S. 498 fg. Windscheid §. 225. A. 6. 7. [§. 242. A. 8. Brinz 2. Aufl. II. S. 860. A. 4.]

[[3] Eine anticipirende Verpfändung ist in doppeltem Sinne möglich: als Verpfändung für eine künftige Schuld und als Verpfändung einer künftigen Sache (s. §. 371. Z. 3). Dies ist nie verkannt worden; nur darauf sind die von Schott angerufenen Erscheinungen und Quellenstellen zurückzuführen. Schott begreift nicht, worin die Wirksamkeit des Verpfändungsvertrages bestehe, wenn nicht in einem Pfandrechte? Antwort: Zur Entstehung eines Vertragspfandes gehören Schuld, Pfandobject, Verpfändung. Fehlt es zur Zeit der Verpfändung an einem der beiden andern Erfordernisse, so besteht noch kein Pfandrecht; es entsteht aber sofort, sobald das fehlende Moment hinzukommt, ohne daß der Verpfändende davon auch nur zu wissen braucht. S. übrigens auch §. 384.].

## §. 367.

### 2) Ein Gegenstand der Verpfändung[a].

Regel ist: Was einen Verkaufswerth hat und den Verkauf zuläßt, kann auch Gegenstand der Verpfändung sein[1]; also 1) vor allem Sachen[2], körperliche Sachen, die in commercio sind[b], d. i. das Eigenthum derselben mit seinen Beschränkungen, also z. B. auch als nuda proprietas[c]; auch ein intellectueller Theil[d], und andererseits eine Sachgesammtheit als Ganzes[e], auch schon im Voraus zukünftige Sachen[f]; 2) dingliche Nutzungsrechte an einer fremden Sache[3], und zwar nicht nur als bestehende Rechte von Seiten des Berechtigten, soweit sie übertragbar sind, also Emphyteuse und Superficies schlechthin[g], Ususfructus der Ausübung nach[h], sondern auch als erst zu errichtende, von Seiten des Eigenthümers der Sache[i]; 3) Forderungen nomina, sofern sie nämlich cedirt werden können[k] [s. §. 258. A. 5.], wobei zugleich ein Faustpfand

[a] Dig. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt. 20. 3. Cod. quae res pignori obligari possunt vel non et qualiter pignus contrahatur. 8. 16 (17). [b] L. 3. 6. Cod. l. c. L. 1. §. 2. D. l. c. [c] L. 18. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4. [e] L. 13. pr. L. 34. pr. D. de pign. 20. 1. [f] L. 15. pr. eod. [g] L. 13. §. 3. eod. L. 15. D. qui pot. 20. 4. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 1. §. 6. D. de superfic. 43. 18. [h] L. 11. §. 2. D. de pign. 20. 1. L. 15. pr. eod. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. cf. L. 49. D. de usur. 22. 1. [i] L. 11. §. 2. L. 12. D. de pign. 20. 1. [k] L. 4. Cod. h. t. 8. 16 (17). L. 7. Cod. de her. v. act. vend. 4. 39.

an der Schuldurkunde eingeräumt werden kann[1]. Mit der Forderung oder auch für sich ohne diese kann denn auch 4) ein Pfandrecht selbst weiter verpfändet werden; der Gläubiger kann, wie es ausgedrückt wird[5], den ihm verpfändeten Gegenstand weiter einem Dritten verpfänden[a], wodurch ein sog. Afterpfandrecht, Subpignus, entsteht[5a]. [Ueber die pignoris executio in den Fällen 2 .. 4. vgl. §. 382.]

Diese Gegenstände können nun auch nicht blos einzeln, sondern auch generell, d. i. zusammengefaßt unter einem mehr oder minder umfassenden Collectivbegriff verpfändet werden[b], und so kann denn insbesondere auch das ganze Vermögen einer Person, sogar zukünftiges wie gegenwärtiges, Gegenstand der Verpfändung sein[c], auf welchen Fall vorzugsweise die Benennung „Generalhypothek oder allgemeines Pfandrecht" bezogen wird[6].

Anm. 1 L. 9. §. 1. D. de pignor. Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. Ueber diese Regel vgl. Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 181 fg. Scheurl a. a. O. S. 485 fg.

2 Auch baares Geld: L. 34. §. 2. D. h. t. 20. 1. L. 7. §. 1. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 7. D. de stip. praet. 46. 5. Windscheid §. 226 a. A. 2. Dernburg I. S. 429 fg. Pfaff Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, insbesondere das sog. pignus irregulare. 1868. S. 15 fg.; drbr. Hofmann in d. krit. Vjschr. XII. S. 542 fg. [In modernen Gesetzen (z. B. R.Civ.Pr.O. §. 101.) wird Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von baarem Geld oft erwähnt. — Ueber einen besonderen Rechtssatz, der nun von gepfändetem Geld gilt, s. §. 372. A. 2.]

3 Ueber die Verpfändung der iura in re aliena vgl. vorzügl. Büchel Erörter. I. 3. von der Pfordten im civ. Arch. XXII. S. 24 fg. Lang das. XXIX. 10. R. Schmid in Linde's Ztschr. n. F. V. 8 [rect: 9.]. Dernburg I. §. 26. S. 218 fg. §. 62. 63. S. 484 fg. Göppert über die Verpfändung von Grundgerechtigkeiten im civ. Arch. XLIX. 12. Sohm a. a. O. S. 26 fg. [Eisele über Verpfändung von Servituten insbes. v. Prädialserv., im civ. Arch. LXV. 3. S. 113 fg.] — Insbesondere bemerke man:

a) Am einfachsten stellt sich nach Analogie der Verpfändung von Sachen die Verpfändung einer bestehenden Emphyteuse oder Superficies dar (not. g.), welche übrigens Manche als eine Verpfändung der Sache selbst aufgefaßt haben wollen; so Büchel Erörter. I. 3. S. 121 fg. u. 2. Aufl. S. 435 fg., auch neuerdings Dernburg §. 26. [Exner S. 75 fg.] dagegen Arndts in Linde's Ztsch. n. F. III. S. 285 fg. Windscheid §. 227. A. 3. Sohm a. a. O. S. 33 fg. Auf die Verpfändung der Superficies bezieht sich wohl auch L. 1. §. 6. D. de superfic. 43. 18. Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, *petitori quoque in superficiem dari*, et quasi usumfructum sive usum quendam eius esse et constitui posse per utiles actiones credendum est: worin nämlich Huschke mit Geschick emendirt: *pignori quoque insuper superficiem dari*, schon Anton Faber aber emendirt hatte: *pignori quoque et sup. dari* etc. (Weniger befriedigend ist, für *petitori* nur einfach *creditori*

[1] L. 20. D. de pign. cf. L. 44. §. 5. D. de legat. I. [a] Cod. si pignus pignori datum sit. 8. 23 (24). [b] L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 17. Cod. de distract. pign. 8. 27 (28). [c] L. 6. 15. §. 1. D. de pignor. L. 9. Cod. h. t. 8. 16 (17).

zu setzen; *Mommsen* ad h. l.). Daß aber jene Rechte auch vom Eigenthümer als erst zu errichtende verpfändet werden können, unterliegt keinem Zweifel, da auch

b) die Möglichkeit der pfandweisen Bestellung oder der Verpfändung eines erst zu bestellenden Ususfructus von Seiten des Eigenthümers, gleich wie der eines bestehenden Ususfructus von Seiten des Usufructuars, deutlich anerkannt ist in L. 11. §. 2. D. 20. 1. Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus lib. 11. respons., tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere, ***non esse ei ius uti frui invito se***, tali exceptione eum praetor tuebitur: ***si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit.*** Nam et cum emtorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori obiicietur exceptio. Cf. L. 15. pr. D. eod. Es unterliegt keinem Bedenken, das erste, wenngleich nicht das zweite, auch auf den Usus anzuwenden, da in jenem Fall nicht der Gläubiger selbst der Usufructuar wird, dieses wenigstens nicht nothwendig und nicht einmal im Zweifel als beabsichtigt anzunehmen ist. Vangerow §. 367. a. E. Windscheid §. 227. A. 11., gegen Dernburg §. 63. Vgl. dazu Bremer S. 125 fg. [Exner S. 63 fg. — Ueber das „Pfandrecht mit Servitutenbestellungsrecht" Kohler §. 4. (vgl. auch §. 13.), dessen Ausführung das Verhältniß weder zutreffender noch klarer darstellt, als „die absonderlichen Constructionen der seitherigen Civilistik", welche insgesammt als „unrichtig" bezeichnet werden. — Verpfändung einer bestehenden Personalservitut an den Eigenthümer der dienenden Sache, zugleich „Aufzeigung eines Falles", in welchem „sich als denkbares Object dieses Pfandrechts nichts darbietet als das Servitutrecht selbst": Eisele a. a. O. S. 116 fg.]

c) Gleiches gilt von pfandweiser Einräumung der iura praediorum rusticorum nach L. 12. eod. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat? videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ***ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur,*** scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Darin liegt allerdings eine Abweichung von dem strengen Princip der Unübertragbarkeit der Grunddienstbarkeiten, in so fern man mit Puchta §. 178. annimmt, daß die Servitut zuerst dem Rechte nach dem Gläubiger eingeräumt werde und dieser alsdann dieselbe, die in der That eine andre wäre, einem Dritten zu bestellen berechtigt sei. Einige Inconsequenz liegt auch darin, wenn man die Stelle so versteht, daß dem Gläubiger einstweilen nur die thatsächliche Ausübung (quasi possessio) der Servitut eingeräumt werde, mit der Befugniß, demnächst einem Dritten gegen einen Kaufpreis das Recht der Servitut zu bestellen; indem die Servitut, die der Gläubiger einstweilen ausübte, doch nicht eigentlich diejenige ist, die nachher als Recht eines andern Grundeigenthümers zur Existenz kommt, — während es unverfänglich ist, daß dem Gläubiger hypothekarisch das Recht eingeräumt werde, die erst zu bestellende Servitut gleichsam als ein Stück des Eigenthums zu verkaufen. Büchel Erörter. I. 3. S. 74 fg. (2. Aufl. S. 425 fg.). Gegen die Meinung, daß nur Pignus, nicht Hypothek (wobei die Abweichung geringer ist, als bei jenem), und nur bezüglich der vier genannten Servituten zulässig sei (Schmid a. a. O. [S. 356 fg.], Elvers Servitutenlehre §. 38.; vgl. auch Dernburg a. a. O.), sodann daß der Verkauf durch den Gläubiger dem Käufer nicht das dingliche Recht der Servitut, sondern nur quasi possessio derselben gewährte

(Rudorff in d. krit. Jahrb. VIII. S. 325., Cohnfeldt die irregulären Servituten S. 87 fg.) vgl. Vangerow §. 367. II. 1. Windscheid a. a. O. A. 10. 11. Mit Unrecht beruft sich Rudorff zu Puchta §. 178. not. k. darauf, daß vendere servitutem nicht Rechtsübertragung, sondern nur Gewähr des uti licere bedeute (sollte heißen: dazu verpflichte). Allerdings konnte nach älterem Recht der Pfandgläubiger dem Käufer ohne in iure cessio des Eigenthümers sowenig die civilrechtliche Servitut, wie ohne mancipatio oder in iure cessio das quiritische Eigenthum der verpfändeten res mancipi gewähren, sondern dort nur eine servitus tuitione praetoria, wie hier bonitarisches Eigenthum; aber so gewiß der Pfandverkauf der res nec mancipi nach altem Recht, jeder Sache nach neuerem Recht, dem Käufer durch hinzukommende Tradition volles Eigenthum gibt, so gewiß muß ihm nun auch im obigen Falle das volle Recht der Servitut zugesprochen werden. — Noch eine andere Meinung stellt Keller in Bekker's Jahrb. II. S. 212 fg. auf, dem Kindervater das. VI. S. 129 fg. beistimmt: Die L. 12. cit. soll von einem eventuellen Verkauf der Servitut von Seiten des Schuldners an den Gläubiger zu verstehen sein. Dagegen ebenfalls Vangerow und Windscheid a. a. O. Vgl. jetzt noch Göppert a. a. O. S. 296 fg. Bremer S. 127 fg. 194 fg. Windscheid a. a. O. (4. Aufl.) [Eisele a. a. O. S. 123 fg., der annimmt, daß „Paulus einen Verkauf an den Eigenthümer des dienenden Grundstücks im Sinne gehabt, und mit vicino ihn gemeint habe". Dagegen Bechmann d. Kauf II. S. 130 fg.]

d) Hingegen L. 11. §. 3. D. eod.: Jura praediorum *urbanorum* pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. Von Verpfändung durch den Servitutberechtigten versteht dies von der Pfordten a. a. O. S. 29 fg. Windscheid A. 10. Dagegen mit den Meisten Vangerow §. 367. II. 2. Wahrscheinlicher erklärt man den Satz vom Standpunkte des älteren Besitzpfandes dadurch, daß es für servitutes urbanae keine besonderen Interdicte gab (§. 192. A. 4.), Rudorff in der Ztschr. f. gesch. R.-W. XIII. S. 185 fg. Bachofen a. a. O. S. 79; dagegen aber Dernburg I. S. 497. A. 16. [Vgl. auch Voigt Bericht der phil.-hist. Classe d. sächs. Ges. d. Wiss. 1874. S. 183.] Nach den Grundsätzen des neueren Pfandrechts mit Verkaufsrecht ist der Satz vollends inconsequent, wenn Servituten durch bloßen Vertrag, ohne quasi traditio, eingeräumt werden können (§. 188. A. 1.). Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 296. Windscheid a. a. O. Göppert S. 309 fg. [Hölder über d. Anwendung der Verpfändung auf servit. urb. im civ. Arch. LXIII. 4. S. 113 fg. Eisele a. a. O. S. 119 fg., welch' Letzterer in der Stelle „einen auf falscher Schlußfolgerung beruhenden theoretischen Ausspruch" findet, „dem die verbindende Kraft eines Rechtssatzes nicht zukommt". Kohler §. 14. leugnet (S. 282.) daß bei „via iter ...." in L. 12. cit. (s. oben lit. c.) an den Gegensatz gegen die serv. urb. (L. 11. §. 3. cit.) zu denken sei (!) und versteht die hier (L. 11. §. 3.) verneinte Frage dahin: ob die Verpfändung einer bestehenden Servitut von dem Berechtigten an den Belasteten möglich sei, so daß beim Ausbleiben der Zahlung die Servitut erlöschen würde.]

[4] Darüber insbesondere neuestens Stöcker im prakt. Arch. n. F. VII. 11. [S. 387 fg.]. Michael J. Hottineanus (Romanus) diss. inaug. de pignore nominis. Berol. 1875. — G. Marcus die Verpfändung ausstehender Forderungen mit Ausschluß der Hypotheken und Inhaberpapiere (e. vergleichende Darstellung nach gem. preuß. u. Handelsrecht). Berlin. 1876. [(vrbr. Regelsberger in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 8.) Wittelshöfer d. Pfandr. an einer Forderung (pign. nom.) 1876. (vrbr. Strohal in d. Wien. Ztschr. VI. S. 264 fg.). Hellwig d. Verpfändung u.

Pfändung von Forderungen. Lpzg. 1883., woselbst Lit.-Ueberſicht. Ueber das Reichsrecht ſ. Mandry S. 283 fg., 2. Aufl. S. 383 fg., 387 fg.] vgl. unten §. 382. — Als ein Fall eines Forderungspfandrechts iſt auch das ſog. pignus irregulare an baarem Gelde, das Rechtsverhältniß bei Baarcautionen, aufzufaſſen. So iſt in gründlicher Ausführung dargelegt von Pfaff a. a. O. S. 35 fg. „Der Empfänger der Caution erhält ein Pfandrecht an der gegen ihn ſelbſt beſtehenden Forderung"; dagegen [Exner S. 173 fg., gegen Beide] Windſcheid 4. Aufl. §. 224. A. 2. §. 226a. A. 2. [Wieder in anderem Sinne polemiſirt gegen Pfaff's Theorie Hanauſek in d. Beilage zu ſ. Schrift über d. uneigentl. Nießbrauch (1879.); der Zweck des p. irreg. ſei, die Möglichkeit einer Abrechnung zu ſetzen; der Cautionsvertrag ſei ein pact. de compensando; gegen ihn und für Pfaff's Auffaſſung Strohal in d. Wiener Ztſchft. VII. S. 411 fg.]

5 Man ſtreitet dagegen, daß die Afterverpfändung eine Verpfändung des Pfandrechts ſei. Büchel a. a. O. I. 3. S. 99 fg. 103 fg. (2. Aufl. S. 389 fg. 437 fg.) Huſchke in Linde's Ztſchr. XX. S. 221 fg. Vangerow §. 368. A. 2. [Exner S. 79 fg.] Dies iſt ebenſo unfruchtbar und ebenſo ungegründet, wie der Streit, ob die Verpfändung der Emphyteuſe und Superficies eine Verpfändung dieſer Rechte oder ihres Gegenſtandes ſei? (A. 3. a.); unfruchtbar, inſofern doch auch diejenigen, welche als Gegenſtand der Verpfändung das emphyteutiſche Grundſtück, die verpfändete Sache anſehen, nicht umhin können anzuerkennen, daß ſolche Verpfändung dem Gläubiger keine über das Recht des Verpfänders hinausreichende Befugniß gebe. [Vgl. Zeiller Comm. z. öſtch. Gb. II. S. 262.] Nicht für ſo gleichgültig hält es Brinz 1. Aufl. S. 325. [2. Aufl. II. S. 838.] „wäre es auch nur der richtigen Vorſtellung halber"; mit Huſchke betont er es, daß das Pfandrecht nicht zu den verkäuflichen Dingen gehöre. Iſt dies ausgemacht? Kann der Pfandgläubiger nur ſeinem Gläubiger afterverpfänden, nicht auch dem Gläubiger eines Dritten? und dies nicht etwa auch für einen Preis? Und — „geht denn der Begriff des Pfandrechts im weiteren Sinn im Verkaufsrechte auf?" Windſcheid §. 239. A. 14. Dernburg I. S. 476 fg. Schmid Ceſſion l. S. 140 fg., dazu jetzt beſonders Sohm a. a. O. S. 53 fg. Bremer S. 215 fg. [Bethmann-Hollweg S. 42.] vgl. unten §. 382. — [Wenn man die im deutſchen und franzöſ. R. vorkommende Befugniß, unter Umſtänden eine fremde Sache zu verpfänden, mit Kohler §. 1—3., als ein Pfandrecht bezeichnen darf, ein Verwerthungsrecht, welches nicht durch Verkauf, ſondern durch Verpfändung ausgeübt wird, ſo verhält ſich dieſes zum Afterpfandrecht, wie die Fälle in not. i. zu denen in not. h.; der Afterverpfänder kann ſein Pfandrecht verpfänden, weil es ſein iſt; der Andere eine fremde Sache, weil ihm über ſie dieſe Macht eingeräumt wurde.]

5a [Auch noch andere Rechte können verpfändet werden, z. B. das Autorrecht; ſ. Dernburg I. §. 64; Kohler Patentrecht S. 166 fg. und dogm. Jahrb. XVIII. S. 411.]

6 L. 9. Cod. h. t. (Justinianus.) Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: *fide et periculo rerum ad me pertinentium*, vel: *per earum exactionem satisfieri tibi permitto (promitto)*: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam, nec ex prioribus sanctionibus minus habere speciali(s) hypothecae memoria(m) videri ... Super qua generali hypotheca illud quoque ... sancimus, ut, si *res suas* supponere debitor dixerit, non adiecto: *tam praesentes quam futuras*, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur. Cf. L. 2. Cod. de pignor. 8. 13 (14). — Der Gegenſatz zwiſchen genereller und ſpecieller Verpfändung kann aber auch blos relativ

genommen werden (not. n.). — Vangerow §. 369. Puchta §. 195. not. h. „Man hat einen sehr unnützen und nothwendig erfolglosen Streit über die Bestimmung der Begriffe generelles und specielles Pfandrecht geführt; diese Begriffe existiren gar nicht. Was aber wirklich existirt: generelle und specielle Verpfändung, über dessen Begriffsbestimmung kann kein Streit sein". [Richtiger wäre „cumulative" Verpfändung.]

## D. Umfang des Pfandrechts.

### §. 368.

#### 1) Bezüglich des Gegenstandes.

Das Pfandrecht an einer bestimmten Sache erstreckt sich von selbst auch auf die zu derselben hinzukommenden Erweiterungen, die als unselbständige Accessionen dem Rechte derselben folgen, z. B.[1] Alluvion[a], Bauten[b]. So ergreift auch die Verpfändung der nuda proprietas[c] den damit sich wieder vereinigenden Ususfructus[2]. Die Erzeugnisse der Sache insbesondere können als zukünftige Sachen nicht nur namentlich verpfändet werden[d], sondern werden auch ohnedies von der Verpfändung der Hauptsache ergriffen[3], sofern nicht das Eigenthum derselben durch ihre Trennung von der Hauptsache einem Andern als dem Verpfänder oder dessen Erben erworben wird[e].

Die Verpfändung einer Sachgesammtheit, z. B. einer Heerde, erstreckt sich auch auf die später in dieselbe fallenden Stücke[f], ergreift übrigens der Regel nach[4] die darin begriffenen einzelnen Sachen ebenso, als wenn sie speciell verpfändet wären[g].

Ebenso wirkt auch eine jede generelle Verpfändung, insbesondere die eines ganzen Vermögens, in der Regel bezüglich aller von Anfang darunter begriffenen oder später darunter fallenden Gegenstände so, als wenn diese speciell verpfändet wären[h], so daß sie mit dem Pfandrecht bestrickt bleiben, wenn sie auch nachher durch Veräußerung wieder ausgeschieden werden[i]. Indessen[5] werden bei Verpfändung des ganzen Vermögens gewisse Gegenstände stillschweigend ausgenommen[k].

Anm. [1] Nicht dahin gehört die insula in flumine nata, arg. L. 9. §. 4. D. de usufr. 7. 1., der alveus relictus, arg. L. 3. §. 2. D. de aqua. 43. 20. (wo *fundo*

[a] L. 16. pr. D. de pignor. 20. 1. L. 18. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. [b] L. 29. §. 2. L. 35. D. de pign. L. 21. D. de pign. act. 13. 7. [c] L. 18. §. 1. D. eod. [d] L. 15. pr. D. de pignor. cf. L. 11. §. 3. D. qui pot. 20. 4. [e] L. 1. §. 2. L. 26. §. 2. L. 29. §. 1. D. de pignor. L. 3. Cod. in quib. caus. pign. 8. 14 (15). L. 1. Cod. de partu pignoris. 8. 24 (25). cf. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de Salv. interd. 43. 33. [f] L. 13. pr. D. de pignor. [g] arg. L. 11. §. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 32. D. de pign. [h] L. 15. §. 1. D. de pignor. 20. 1. not. g. [i] L. 2. §. 4 (5). Cod. de secund. nupt. 5. 9. L. 47. pr. D. de iure fisci. 49. 14. L. 1. Cod. de conv. fisci debitor. 10. 2. L. 17. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). cf. L. 2. 3. Cod. de servo pign. dato. 7. 8. L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. 20. 2. [k] L. 6..9. pr. D. de pignor. cf. L. 1. Cod. quae res pign. 8. 16 (17).

*meo* statt *fundo tuo* zu lesen ist). Windscheid §. 226a. A. 12. Dernburg I. S. 437.

2 „Wie aber, wenn der Eigenthümer den Nießbrauch zurückkauft oder auch wenn er ihm vom Nießbraucher schenkungsweise zurückübertragen wird? Offenbar hat die Stelle (not. c.) nur den Fall im Auge, wo der Nießbrauch kraft seiner Natur, durch Tod (oder capitis deminutio) untergeht und an das Eigenthum zurückfällt". Windscheid §. 226a. A. 13. vgl. unten §. 389.

3 A. M. sind manche wegen Pauli sentt. II. 5. §. 2. „Foetus vel partus eius rei, quae pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit." Puchta §. 203. not. f. (zum Theil auch Bachofen S. 154.). Vgl. dagegen und über die umfangreiche Literatur dieser Streitfrage Vangerow §. 370. A. I. (7. Aufl. I. S. 823 fg.), dazu Schlayer im civ. Arch. XLIX. S. 87 fg. Zoltowski de pignore rei frugiferae. Berol. 1870. [B.-Hollweg S. 15 fg.] — Eine andere Frage ist, wiefern die Pfandklage wegen der Hauptsache auch auf Erzeugnisse als causa rei sich erstrecke? L. 16. §. 4. D. de pignor. (§. 378.). Vangerow a. a. O. unter II. [B.-Hollweg S. 62 fg.]

4 Einen besondern Fall bespricht L. 34. pr. D. de pignor. 20. 1. Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Mit Unrecht hat man daraus eine allgemeine Regel machen wollen. Vgl. §. 48. A. 4. Puchta §. 203. not. d. Vangerow §. 369. A. 3. Dernburg §. 59. Vgl. jedoch auch Huschke a. a. O. S. 252 fg. Brinz 1. Aufl. S. 296 fg. Windscheid §. 226a. A. 4. [Bethmann-Hollweg S. 85. Wächter II. S. 521 fg.]

[5 Vgl. Birkmeyer Vermögen S. 55 fg.]

## §. 369.

### 2) Bezüglich der Forderung.

Das ganze Pfand haftet ungetheilt für die ganze Forderung und für jeden Theil derselben[a]; pignoris causa indivisa est[1]; und so bleiben auch mehrere für dieselbe Schuld verpfändete Sachen alle verhaftet, bis die ganze Schuld getilgt ist[b].

Auch haftet das Pfand nicht blos für die Hauptforderung, für welche es bestellt ist, sondern auch, gleich dem Bürgen, für deren Zuwachs[2], für alles nämlich, was mit dem aus der Forderung entspringenden Rechtsmittel gefordert werden kann, namentlich Verzugszinsen[c], und so auch für Proceßkosten, sodann auch wegen Ersatz der

[a] L. 6. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). L. 1. Cod. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. 8. 31 (32). L. 65. D. de evict. 21. 2. L. 85. §. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. [b] L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. l. c. 8. 31 (32). [c] L. 8. §. 5. D. de pign. act. 13. 7.

auf das Pfand gemachten angemessenen Verwendungen[d]. Für vertragsmäßige Zinsen wie für eine verabredete Strafe (§. 211.), haftet das Pfand nur, sofern die Verpfändung auch darauf sich erstreckte[e]; dies ist aber im Zweifel anzunehmen, wenn nur der Verpfänder mit Kenntniß der Zinsverbindlichkeit das Pfand für die Hauptforderung bestellt hat[f], ohne dessen Haftung auf diese einzuschränken.

Anm. [1] Ueber die richtige Auffassung dieses Satzes und dessen Consequenzen: Dernburg §. 82..85. II. S. 28 fg. [Brinz 2. Aufl. II. §. 356.]

[2] Darüber Dernburg §. 76. I. S. 550 fg.

[3] Damit ist nicht gesagt, wie Dernburg l. S. 555. diesen Satz versteht, daß die Verpfändung nicht auch ohne diese Kenntniß auf die Zinsen sich erstrecken könne. Wenn aber der Verpfänder, positiv glaubend, die Forderung sei eine unverzinsliche, nur für diese hat verpfänden wollen, so kann er bezüglich der Haftung für die Zinsen nicht bloß, wie Dernburg sagt, „nach den gewöhnlichen Grundsätzen über Irrthum seine Erklärung als ungültig anfechten", sondern schlechthin bestreiten, daß er auch für Zinsen verpfändet habe.

## II. Erwerb des Pfandrechts.

### §. 370.

Ein Pfandrecht kann entstehen entweder durch eine Willenshandlung desjenigen (oder seines Stellvertreters), dem der Gegenstand gehört, d. i. durch Privatdisposition, sog. pignus voluntarium (§. 371.), oder unabhängig vom Privatwillen, sog. pignus necessarium, und zwar durch richterliche Verfügung (§. 372.) oder unmittelbar kraft eines Rechtsatzes (§. 373.). Es kann aber auch ein entstandenes Pfandrecht in gewisser Weise auf einen andern übertragen werden, oder eine sog. hypothekarische Succession stattfinden (§. 374.). Daher:

### A. Entstehung eines Pfandrechts.

### §. 371.

#### 1) Durch Privatdisposition.

Durch Privatbestimmung kann ein Pfandrecht eingeräumt werden entweder in einer letztwilligen Verfügung, nach den Regeln der Vermächtnisse, sog. pignus testamentarium[a], oder mittels Uebereinkunft, sog. pignus conventionale, wozu es irgend einer besondern Form der Willenserklärung nicht bedarf[b]. Regelmäßiges Erforderniß aber ist, daß der Gegenstand der Verpfändung (Sache oder Recht) sich

[d] L. 8. §. 5. cit. L. 6. Cod. de pignor. 8. 13 (14). [e] L. 13. §. 6. D. de pignor. L. 11. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. [f] L. 18. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 4. 22. Cod. de usur. 4. 32.

[a] L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 1. §. 2. (L. 1.). Cod. comm. de legat. 6. 43. (§. 575.)

[b] L. 1. D. l. c. L. 34. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 4. pr. D. in quib. caus. pign. 20. 2.

im Vermögen des Verpfänders befinde[c], und dieser die Veräußerungsbefugniß habe[d]. Demnach kann regelmäßig nur der Eigenthümer eine Sache gültig verpfänden[e]; der Miteigenthümer nur seinen Antheil[f]. Jedoch[1] ist 1) das Pfandrecht, welches der redliche Besitzer einer Sache einräumt, in demselben Umfange wirksam, in welchem diesem die Publiciana in rem actio zusteht[g]. 2) Die Verpfändung einer fremden Sache ist gültig, wenn sie mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Eigenthümers geschieht[h] oder von diesem genehmigt wird[i]. 3) Die Verpfändung kann gültig schon im Voraus, wie an zukünftigen Sachen[k], so auch überhaupt für den Fall geschehen, daß der Verpfänder die Sache künftig erwerbe[l], und dies versteht sich von selbst bei Verpfändung des ganzen Vermögens, rücksichtlich der spätern Erwerbungen[m], sowie auch bei Verpfändung einer fremden Sache, auf die der Verpfänder ein Forderungsrecht hat[n]. Außerdem kann 4) die Verpfändung der fremden Sache dadurch wirksam werden, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer[o] oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird[p].

Uebrigens kann ein Pfandrecht auch, wie eine Dienstbarkeit (§. 188.), durch **Vorbehalt** bei der Veräußerung einer Sache und eben so durch gleiche Beschränkung bei einem Vermächtniß der Sache begründet werden (§. 575.), in welchem Falle dann das Eigenthum der Sache als sofort mit dem Pfandrecht behaftet erworben wird[2]. Auch[3] kann die Verpfändung unter Bedingung oder Zeitbestimmung stattfinden[q].

**Anm.** 1 Ueber „Verpfändung von Sachen, deren Eigenthümer man nicht ist", vgl. überhaupt **Huschke** in Linde's Ztschr. XX. 6. mit **Bachofen** S. 66 fg. 541 fg. **Vangerow** §. 372. A. 2. **Dernburg** I. §. 31. S. 261 fg. Insbesondere: a) zu Nr. 1. vgl. L. 18. D. h. t. 20. 1. Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. **Dernburg** I. S. 222 fg. **Bremer** S. 42. 186 fg. **Windscheid** §. 230. A. 6. [B.-Hollweg S. 69.]. **Bremer** bezeichnet diesen Fall als Verpfändung des publicianischen Rechts. In der Regel aber wird er so vorkommen, daß der redliche Besitzer einfach die Sache als sein vermeintliches Eigenthum verpfändet, was dann eben nur denjenigen gegenüber wirksam ist, gegen welche der Verpfänder mit der Publ. actio obsiegen würde. Wohl läßt sich auch denken, daß der redliche Erwerber, der jetzt schon weiß, daß er **nicht** Eigenthümer ist, die Sache doch mit Rücksicht auf sein publicianisches Recht verpfände; aber das wäre

[c] L. 23. D. de probat. 22. 3. [d] pr. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 11. §. 7. L. 12. L. 18. §. 4. L. 19. D. de pign. act. 13. 7. [e] L. 6. Cod. si aliena res pign. data sit. 8. 15 (16). [f] L. un. Cod. si communis res pignori data sit. 8. 20 (21). L. 3. §. 2. D. qui pot. 20. 4. [g] L. 18. L. 21. §. 1. D. de pignor. 20. 1. L. 14. D. qui pot. 20. 4. [h] L. 20. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 26. §. 1. D. de pignor. L. 5. §. 2. D. in quib. caus. 20. 2. L. 2. Cod. si aliena res. 8. 15 (16). [i] L. 16. §. 1. D. de pignor. (§. 78.). [k] L. 15. pr. cf. L. 1. §. 2. D. de pignor. [l] L. 16. §. 7. D. eod. [m] L. 1. pr. L. 15. §. 1. eod. [n] L. 1. pr. eod. cf. L. 58 (56). D. ad Sc. Treb. 36. 1. [o] L. 5. Cod. si aliena res. 8. 15 (16). L. 41. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. pr. D. de pignor. 20. 1. L. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. [p] L. 22. D. de pignor. L. 41. D. cit. [q] L. 13. §. 5. D. de pignor. 20. 1.

ein schwächliches Pfandrecht, da er nach heutigem Recht nicht mehr ersitzen kann. [Allein es handelt sich, wie uns scheint, nicht bloß darum, was Jemand verpfänden will, sondern darum, was verpfändet wird. — Wieder eine andere Frage ist es, ob derjenige, welcher bona fide sich von einem Nichteigenthümer ein Faustpfand geben läßt, geschützt werde? Sie ist zu verneinen, weil die Römer keinen Pfandrechtsbesitz anerkennen. Vgl. Dernburg I. S. 223. Nicht diese Frage betrifft L. 13. §. 1. D. 6. 2., wie Bethmann-Hollweg S. 12. irrig annimmt, sondern sie enthält nur die triviale Wahrheit, daß in solchem Falle nicht die gewöhnliche a. Publ. (= util. rei vind.) zulässig sei.]

b) zu Nr. 4., und zwar:

aa) den Fall betreffend, wenn der Verpfänder Eigenthümer wird (not. o.), vgl. *α)* L. 5. Cod. 8. 15 (16). (Dioclet. et Max.). Quum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae daretur. *β)* L. 1. pr. D. h. t. (Papinian.) Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio. [Dazu Bethmann-Hollweg S. 10 fg.] *γ)* L. 9. §. 3. D. 20. 4. (African.) Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio; deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur; in proposito autem maritus emtoris loco est; atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit, Maevio obligatum esse. — Hiernach wird nur aequitatis causa eine Convalescenz des Pfandrechts, durch Gewährung einer utilis actio, zugelassen, daher dem Gläubiger, der in mala fide war, die Klage abgesprochen und nur doli exceptio gegen den Verpfänder gegeben. L. 1. pr. cit. cf. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. Zudem behauptet man, arg. L. 9. §. 3. cit., die utilis actio finde nur statt, so lange der Verpfänder (oder dessen Erbe) das Eigenthum behalte (dann wohl auch gegen den dritten unberechtigten Besitzer?), nicht auch nach Veräußerung der Sache gegen den neuen Erwerber, wenn dieser von der Verpfändung nichts wußte, es sei denn, daß er ex causa lucrativa erworben, arg. L. 4. §. 27. 31. D. de doli except. 44. 4. Huschke a. a. O. S. 235 fg. Windscheid in Linde's Ztschr. n. F. III. 10. Bachofen S. 544 fg. Schmid Grundlehren der Cession I. S. 324 fg. Dagegen Vangerow 6. Aufl. I. S. 949. 7. Aufl. S. 834 fg. Dernburg I. S. 262 fg. Nach jener Ansicht müßten wir freilich anerkennen, „daß das römische Recht hier in seiner Entwickelung stehen geblieben sei"; Windscheid a. a. O. S. 438., der aber zugleich entschieden ausspricht, „daß bei der Entscheidung des African nicht stehen geblieben werden dürfe". Pand. §. 230. A. 8. arg. L. 4. §. 32. D. l. c. vgl. oben §. 168. A. a. E. Nach der entgegenstehenden Erklärung der L. 9. §. 3. cit. bleibt auffallend die darin enthaltene Beschränkung der Convalescenz bezüglich des zweiten Pfandrechts (vgl. Windscheid a. a. O. [S. 431 fg.]), welche Vangerow

unerklärt als geltend anerkennt, Bachofen aber S. 556. noch verschärft und auffallender macht durch die hypersubtile Behauptung, daß die Convalescenz des zweiten Pfandrechts auch dann nicht eintrete, wenn der erste Pfandgläubiger schon vor dem Eigenthumserwerb des Verpfänders abgefunden ist. Andere aber suchen diese Beschränkung zu erklären aus einer dem Africanus eigenthümlichen oder in älterer Zeit überhaupt vorherrschenden Ansicht, wornach die zweite Verpfändung als eine bedingte, „wenn der erste Pfandgläubiger abgefunden sei", aufzufassen wäre, eine Ansicht, welche später verworfen worden und nach deren Verwerfung denn auch von selbst die fragliche Beschränkung weggefallen sei. Müller im civ. Arch. XL. S. 392 fg. [408 fg.] Löhr das. XIV. S. 169. und Dernburg I. S. 264 fg. Dagegen wieder Scheurl in d. krit. Vjschr. II. S. 453., der die Beschränkung noch für geltend hält, aber durch eine gewiß unhaltbare Erklärung zu stützen sucht. „Pignus ... confirmatur", sagt er, „bedeutet: es wird aus der Verpfändung dem Gläubiger eine dingliche Pfandklage gegen jeden Dritten gegeben. Dies kann nicht geschehen, so lange einem andern Gläubiger diese Klage gerade auch gegen ihn zusteht". Mit demselben Rechte könnte man sagen, auch der Eigenthümer könne kein zweites Pfandrecht geben, so lange noch ein erstes auf der Sache haftet, oder es müsse das zweite durch Veräußerung der Sache vor Abfindung des ersten seine Kraft verlieren; denn was bedeutet: „pignus datur"? Und wenn Scheurl hinzusetzt: „Nach heutigem Recht hätte Mävius Eintragung einer Hypothek zur zweiten Stelle verlangen können, so lange Titia Eigenthümerin war. Hat er das versäumt, so kann er ... auch nach Abfindung des Titius nicht darauf klagen", so ist dagegen zu erinnern: wenn Titius versäumt hat, die Eintragung seines ersten Pfandrechts zu bewirken, so kann auch er gegen den Mann der Titia, qui bona fide in dotem praedium aestimatum accepit, nicht mehr darauf klagen, daß dieser ihm die Hypothek eintragen lasse; also stehen Titius und Mävius darin gleich.

bb) Den andern Fall (not. p.) betreffend widerstreiten sich die beiden angeführten Stellen: α) L. 22. cit. (D. 20. 1.) (Modestinus lib. VII. differentiarum.) Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. β) L. 41. cit. (D. 13. 7.) (Paulus lib. III. quaest.) Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. — „Die Versuche, Modestin mit Paulus zu vereinigen, sind sämmtlich mißlungen und zum großen Theil einer genaueren Darstellung gar nicht werth ... Ich denke, Niemand wird das mindeste Bedenken tragen, der Ansicht des Paulus beizutreten und die Modestin's zu verwerfen". Bachofen S. 548 fg. — Dagegen Windscheid in Linde's Ztschr. III. S. 439. „Die gemeine Meinung geht jetzt wohl dahin, daß ein Widerspruch zwischen Paulus und Modestin zuzugeben, die Entscheidung des letzteren aber zu befolgen sei. Auch ich bin dieser Ansicht". Ebenso Vangerow 7. Aufl. I. S. 835 fg. nach Analogie des Falls unter aa) und §. 168. A. 1. d. Brinz 1. Aufl. S. 301. Dernburg I. S. 268 fg. u. a. Dagegen freilich wieder Scheurl a. a. O. S. 452., welcher unter der utilis pigneratitia der L. 22. cit. mit älteren Interpreten eine wirksame (utilis in diesem Sinn) actio pigneratitia

in personam contraria aus dem Pfand-Contract des Erblassers auf Bestellung des Pfandes, nach heutigem Recht auf Eintragung der Hypothek an der Sache des Erben versteht, und darum einen Widerspruch mit L. 41. cit. gar nicht anerkennt.

2 Ueber den Vorbehalt eines Pfandrechts bei dem Vermächtniß einer Sache vgl. §. 575 a. E. Was den Vorbehalt bei der Veräußerung der Sache betrifft, so ist Dernburg §. 82. der Meinung, daß in dem Vorbehalt eines jeden dinglichen Rechts, z. B. einer Servitut, also auch eines Pfandrechts, nichts anderes zu erkennen sei, als Bestellung desselben durch den Erwerber nach vollendetem Eigenthumserwerbe, und darin stimmen ihm Scheurl S. 458. Windscheid §. 230. A. 11. §. 212. A. 12. [Freisen Vorbehalt v. dingl. Rechten bei Eigenthumsübertragung (1881.) bes. §. 4 fg. Kohler S. 261.] bei. Diese Ansicht ist durchaus unverträglich mit dem, was wir aus Gai. II. 33. fragm. Vat. §. 47. 50. von der deductio servitatis bei mancipatio und in iure cessio wissen. Es ist darnach undenkbar, daß es einem römischen Juristen eingefallen sei, was Dernburg I. S. 279. annimmt, der Minderjährige, welchem ein Grundstück deducto usufructu mancipirt worden, habe dadurch plenam proprietatem erworben, weil er den Ususfructus an dem erworbenen Grundstück nicht sine decreto einräumen konnte. Was Dernburg dagegen ausführt, beweist alles nicht mehr, als daß die deductio unwirksam war, wenn sie den Umständen nach nicht eine Servitut wirklich zu constituiren vermochte; der Vorbehalt eines in der Luft schwebenden Stücks des Eigenthumsinhalts war freilich nutzlos. Andere sind hiermit einverstanden, was die Servituten [§. 188. A. 2.] betrifft, halten aber rücksichtlich des Pfandrechts jene Ansicht für begründet. Büchel Erört. I. 2. S. 78 fg. (2. Aufl. S. 187. 463 fg.) Sintenis Pfandrecht S. 209. Vangerow I. S. 874. Keller §. 207 a. E. Dies stützt sich auf L. 1. §. 4. D. de reb. eor. 27. 9. (Ulpian.) Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere; nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari. Diese Meinung Ulpian's ist nicht aus dem innern Wesen des Pfandrechts im Gegensatze der Servituten zu erklären, sondern, wie Keller bemerkt, aus dessen prätorischer Natur und der daherigen Unanwendbarkeit der mancipatio, in iure cessio u. dgl., und hängt wahrscheinlich insbesondere damit zusammen, daß in der Formula der Pfandklage eine conventio ut pignori sit zu der Zeit, als die Sache in bonis des Verpfänders war, vorausgesetzt wurde.

3 „Vom bedingten und dem mit einem dies behafteten Pfandrecht" s. Huschke in Linde's Ztschr. XX. 5. vgl. Dernburg I. S. 181. II. S. 296 fg. [Bethmann-Hollweg S. 48 fg.]

## §. 372.

### 2) Durch richterliche Verfügung.

Richterliche Verfügungen, die ein Pfandrecht erzeugen können, sind:

1) Besitzeinweisung, missio in possessionem [1], sofern diese nämlich zur Sicherung der Erfüllung eines Anspruchs gewährt wird; das Pfandrecht, pignus praetorium [a], entsteht hier, wenn der Gläubiger in Folge dessen wirklich in den Besitz gelangt [b];

[a] Cod. de praetorio pignore et ut in actionibus etiam debitorum missio praetorii pignoris procedat. 8. 21 (22). [b] L. 26. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 2. 4 (3). Cod. qui pot. 8. 17 (18). L. 3. 5. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. L. 3. §. 1. D. de reb. eor. 27. 9.

2) gerichtliche Anordnung der Auspfändung zum Zweck der Vollstreckung eines Urtheils; das Pfandrecht, pignus in causa iudicati captum oder sog. pignus iudiciale[2], entsteht mit der wirklichen Vornahme der Pfändung[c];

3) richterlicher Zuspruch im Theilungsverfahren[d], indem der Richter einer Partei eine Leistung an die andere Partei auferlegt und dieser dafür ein Pfandrecht an der jener zugesprochenen Sache zuerkennt[3].

Anm. [1] Ausführliche Untersuchungen darüber enthält Bachofen S. 281..480; vgl. §. 93. not. k..m. Erst Justinian erstreckte dieses Pfandrecht auch auf Forderungen, L. 1. Cod. h. t. 8. 21 (22)., und verband mit demselben die hypothekarische Klage. L. 2. eod. Erst dadurch „wurde die Erhebung des pignus praetorium zu einem wahren Pfande vollendet. Aber ... die Uebertragung des Pfandbegriffes auf die Missionen ist ein bloßer Versuch ohne Erfolg, der Beginn einer Entwickelung ohne Resultat". Bachofen S. 479. 480. Dazu Dernburg I. S. 400 fg. Heutzutage hält man diese Art des Pfandrechts überhaupt für unpraktisch. Sintenis §. 35. Nr. II. §. 72 a. E. Seuffert §. 198.

[2] Dieses Pfandrecht unterscheidet sich von andern durch seine Natur als gerichtliches Executionsmittel, worüber das Nähere dem Proceßrecht angehört. [Gegen die herrschende Gleichstellung mit dem gewöhnlichen Pfandrechte] Dernburg I. §. 53. II. §. 119. Windscheid §. 233. A. 2..4. [Rudolph in d. dogm. Jahrb. XX. S. 311..410., der die Analogie des Vertragspfandes nur für das Verhältniß zwischen Gläubigern und Dritten anerkennt; s. bes. S. 382 fg., 386, 392 fg. 398 fg., 410. Geschichtliches über d. pign. i. c. indic. c. s. ebd. S. 338 fg.; über L. 1. Cod. 8. 22 (23). s. S. 356 fg. An gepfändetem Geld entsteht in der Regel kein Pfandrecht. „Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners, sofern nicht dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden". R.Civ.Pr.O. §. 716. — Pfändung von Früchten auf dem Halm. „Früchte können, auch bevor sie von dem Boden getrennt sind, gepfändet werden. Die Pfändung darf nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgen". R.Civ.Pr.O. §. 714. — Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen durch Pfändung, die auch hier ein Pfandrecht begründet: R.Civ.Pr.O. §. 810. Vgl. überhaupt Mandry Reichsges. S. 169 fg. 271 fg. (2. Aufl. S. 243 fg., 380 fg.) v. Meibom Entstehung des Pfandrechts durch Arrest, in der Tübinger Festschrift (1877.) S. 74 fg. Voß condictio possessionis und Vollstreckungspfändung im civ. Arch. LXVI. 6. S. 161 fg. Derselbe Negat.-Klage u. Vollstr.-Pfändung, in den dogm. Jahrb. XXIII. 2. S. 43 fg.]

[3] Die Quellen erwähnen diesen Fall der Entstehung eines Pfandrechts nicht; auch ist er bestritten von Böcking Pand. II. §. 94. und Marx de adiudicatione pag. 7.; gleichwohl ist er unbedenklich als möglich anzuerkennen. Brinz 1. Aufl. S. 332. [2. Aufl. II. §. 354 a. E.] Windscheid §. 233. A. 1., womit für das heutige Recht auch Dernburg I. S. 177. 178. A. 2. übereinstimmt. Auf einen andern Fall bezieht

[c] Cod. si in causa iudicati pignus captum sit. 8. 22 (23). L. 7. 8. Cod. quae res pign. 8. 16 (17). L. 15. §. 2. L. 58. D. de re iud. 42. 1. L. 10. D. qui pot. 20. 4. L. 2. 4 (3). Cod. cit. L. 8. §. 1. D. cit. (not. b.). [R.Civ.Pr.O. §. 709.] [d] arg. L. 22. §. 3. D. fam. erc. 10. 2. §. 188. not. g. §. 320.

sich L. 29. D. fam. erc. 10. 2. cf. L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3.; und in ganz anderer Bedeutung, für Zuerkennen eines geltend gemachten Pfandrechts, findet sich adiudicare hypothecam in L. 16. §. 5. D. de pignor. 20. 1. L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4. [B.-Hollweg S. 64.]

4 Nach deutschem Recht kann man sich in gewissen Fällen auch ohne den Richter durch Selbsthülfe, nämlich durch eigenmächtige Pfändung, ein Pfand verschaffen, worüber das Nähere im deutschen Privatrecht. [E. Samuelsohn d. Wirkungen der Privatpfändung ... 1878, wo (S. 3.) die Literatur nachgewiesen, und (S. 32 fg.) auch römisches Recht berücksichtigt ist. Drbr. Schulz in d. Jen. Liter.-Ztg. 1879 Nr. 27.]

## §. 373.

### 3) Durch Rechtsatz.

Mit vielen Forderungen ist durch Rechtsatz ein Pfandrecht verbunden, welches ipso iure besteht, sobald die Forderung entstanden und ein Gegenstand, der dem Pfandrecht unterliegt, gegeben ist. Man nennt es gesetzliches Pfandrecht, pignus legale. Die Anerkennung solcher Pfandrechte ging ursprünglich aus dem Gesichtspunkte hervor, daß in gewissen Fällen, in denen es wohl ganz gewöhnlich war, sich ein Pfandrecht bestellen zu lassen, auch ohne ausdrückliche Verabredung ein solches als bestellt angenommen wurde. Sie heißen daher auch stillschweigende Pfandrechte, pignora tacita[a]. Indessen hat die Gesetzgebung allmälig solche Pfandrechte in solcher Ausdehnung eingeführt, daß jener Gesichtspunkt ganz zurücktritt und diese Bezeichnung keineswegs mehr durchgängig angemessen erscheint[1]. Die Pfandrechte dieser Art erstrecken sich übrigens theils auf das ganze Vermögen des Schuldners, in welchem Fall man sie allgemeine gesetzliche Pfandrechte nennt[2], theils beschränken sie sich nur auf gewisse Güter, und heißen dann besondere gesetzliche Pfandrechte[3 4].

Anm. 1 Einen „Versuch einer vollständigen Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht nach gem. und chursächs. Recht" hat gegeben Meißner in 2 Theilen, Leipzig 1803. vgl. Vangerow I. §. 374..376. Dernburg I. §. 35..50. Die Bestimmungen des R. R. darüber sind vielfach streitig, haben aber verhältnißmäßig geringen wissenschaftlichen Werth, und auch ihre praktische Bedeutung ist durch den Einfluß neuerer Hypothekengesetze sehr verringert. Treffend bemerkt Puchta §. 199. not. b: „Manche Juristen haben sich ein Geschäft daraus gemacht, ihre (der gesetzlichen Pfandrechte) Zahl zu vermehren, zum Theil indem sie, wo in den Quellen das Beispiel eines Pfandrechts vorkommt, dieses sofort für ein gesetzliches gehalten haben, zum Theil durch Erstreckung der bestehenden gesetzlichen Pfandrechte auf analoge Fälle. Eines ist so unstatthaft wie das andere, zumal eine große Anzahl gesetzlicher Hypotheken ein Uebel ist, und schon unter den im römischen Recht wirklich enthaltenen manche sich befinden, zu deren Verleihung der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund sich hat bewegen lassen."

a Dig. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. 20. 2. Cod. 8. 14 (15).

² Ein gesetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen des Schuldners haben:

a) Der Fiscus: fiscus semper habet ius pignoris, L. 46. §. 3. D. de iure fisci. 49. 14.; insbesondere α) wegen öffentlicher Abgaben, L. 1. Cod. h. t. 8. 14 (15). L. 1. Cod. si propter publ. pens. 4. 46. β) wegen Forderungen aus Contracten, L. 2. Cod. h. t. L. 28. D. l. c. 49. 14., wozu denn auch die Ansprüche gegen seine Verwalter gehören, jedoch nicht wegen Strafforderungen, L. 17. 37. eod. L. un. Cod. de poen. fisc. 10. 7. L. 10. pr. D. de pact. 2. 14., aber auch nicht bloß, wie mit der früher herrschenden Meinung jetzt wieder Dernburg I. S. 340 fg. behauptet, wegen der unter α. β. speciell genannten Forderungen, vgl. Windscheid §. 232. A. 1. Vangerow 7. Aufl. I. S. 841 fg.;

b) der Regent und dessen Gemahlin, gleich dem Fiscus, L. 6. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14.;

c) nach der Praxis auch Städte wegen städtischer Abgaben und wegen der Ansprüche gegen städtische Verwalter; cf. L. 2. Cod. de debit. civ. 11. 33 (32).; vgl. Dernburg I. S. 354 fg.;

d) die Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta, wegen Verschlechterung der Emphyteuse, Nov. 7. cap. 3. §. 2.;

e) bevormundete Personen, namentlich Pupillen, Minderjährige, Wahnsinnige, an dem Vermögen der Vormünder (auch der Protutoren, arg. L. ult. D. de tut. act. 27. 3.), wegen der Verbindlichkeit derselben aus der Vormundschaft, L. 20. Cod. de adm. tut. 5. 37. L. 7. §. 5 a (5). 6 c. (6. i. f.) Cod. de curatore fur. 5. 70. L. un. Cod. rem al. ger. 4. 53. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.; wenn die Mutter als Vormünderin ihrer Kinder vor der Rechnungslegung und Herausgabe des Vermögens wieder heirathet, auch an dem Vermögen des Stiefvaters, L. 6. Cod. h. t. 8. 14 (15). Nov. 22. cap. 40.;

f) die Kinder α) am Vermögen des Vaters, bezüglich ihrer von der Mutter oder mütterlichen Großeltern herrührenden Güter, an welchen jenem Nießbrauch und Verwaltung zusteht, L. 6. §. 2. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 8. §. 4 (5). Cod. de sec. nupt. 5. 9. (wenigstens wenn der Vater zu einer andern Ehe schreitet. Vangerow I. S. 845. gegen Dernburg I. S. 377 fg.); β) an dem Vermögen des zu einer andern Ehe schreitenden Parens (parens binubus), bezüglich der Güter, deren Proprietät dadurch an die Kinder voriger Ehe fällt, und zwar rückwirkend von der Zeit des Erwerbes jener Güter an, und mit der Bestimmung, daß die Kinder auch die ihnen verfallenen Güter selbst, anstatt dieselben als Eigenthümer zu vindiciren, je nachdem es ihr Vortheil erheischt, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen können, L. 6. §. 2. L. 8. §. 3 (4). Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. Nov. 98. cap. 1.;

g) die (orthodoxe) Ehefrau am Vermögen des Mannes: α) wegen der ihr zu restituirenden Dos, wobei sie das Recht hat, auch die Dotalsachen selbst, deren Eigenthum an sie zurückfällt, mit der Pfandklage in Anspruch zu nehmen, L. un. §. 1. b..d. (§. 1.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12.; β) wegen ihrer Paraphernalcapitalien (nach der Praxis wegen aller bona paraphernа), deren Verwaltung dem Manne überlassen ist, L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14.; γ) wegen der ihr bestellten donatio propter nuptias, Nov. 109. cap. 1. cf. L. 12. §. 2. Cod. qui pot. 8. 17 (18). — Streitig: zu α) ob auch die Braut? zu α. β., ob auch die putative Ehefrau? (Cf. L. 74. D. de iure dot. 23. 3. L. 17. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5. L. 22. §. 13. D. sol. matr. 24. 3.); zu α. β. γ., ob auch die jüdische Ehefrau das gesetzliche Pfandrecht habe? — jetzt unzweifelhaft: ja! s. oben §. 34. A. 1.;

vgl. Windscheid I. §. 55. N. 2. 8.; Dogmengeschichte u. reiche Literaturangaben bei Fdch. Schloß die Dotalprivilegien der Jüdinnen. (Gießen 1856.)];

h) der Ehemann wegen der bestellten Dos, an dem Vermögen dessen, der sie zu entrichten hat, L. un. §. 1. b. (§. 1.) Cod. de rei ux. act. 5. 13.; endlich

i) wenn einer Person etwas sub conditione viduitatis hinterlassen war, derjenige, an welchen dieses wegen Nichterfüllung der Bedingung zurückfällt, an dem Vermögen jener Person, wegen Erstattung des Hinterlassenen, Nov. 22. cap. 44. §. 2. 3. 9.

[3] Ein gesetzliches Pfandrecht, welches nicht alle Güter des Schuldners ergreift, hat:

a) wer zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes Geld dargeliehen hat, wegen dieser Darlehensforderung, an dem wiederhergestellten Gebäude, L. 1. D. h. t. 20. 2. vgl. dazu Schlayer im civ. Arch. XLIX. S. 83 fg.

b) Pupillen (und Minderjährige?) an den mit ihrem Gelde gekauften Sachen, wegen Ersatz des Geldes, sofern ihnen nämlich das Pfandrecht vortheilhafter sein mag, als die ihnen zustehende Geltendmachung des Eigenthums an denselben, L. 7. pr. D. qui pot. 20. 4. L. 6. Cod. de servo pign. dato. 7. 8.; cf. L. 17. Cod. de pignor. 8. 13 (14). [und zu letzterer Stelle Glück Bd. 19. S. 56 fg.] vgl. §. 145. A. 8. a.;

c) der Verpachter eines zum Fruchtbau bestimmten Grundstücks (praedium rusticum), wegen seiner Forderungen aus dem Pachtvertrag, an den von dem Pachter selbst oder von einem Afterpachter davon gezogenen Früchten, L. 24. §. 1. D. locati. 19. 2. L. 7. pr. D. h. t. 20. 2. cf. L. 4. pr. eod. L. 5. Cod. de locato. 4. 65. [s. Dernburg I. S. 308 fg.];

d) der Vermiether eines Gebäudes (praedium urbanum) an den in das Grundstück zu dauernder Benutzung („quae, ut ibi sint, illata" L. 7. §. 1. D. h. t. 20. 2.; cf. „ut ibi perpetuo essent" L. 32. D. de pignor. 20. 1.) daselbst eingebrachten Sachen [invecta, illata] des Miethers (mittelbar auch des Aftermiethers), wegen der Forderungen aus dem Miethvertrag, L. 2..4. 6. D. h. t. 20. 2. cf. L. 5. pr. eod. L. 11. §. 5. D. de pign. act. 13. 7. [über dieses „älteste Legalpfand des römischen R." s. Dernburg I. S. 294 fg.; s. auch Schneider d. Perclusionsrecht des Vermiethers an den vom Miether eingebrachten Sachen, in Böhlau's Mag. II. S. 101 fg.; W. Francke d. Selbsthülferecht des Wohnungsvermiethers setzt keinerlei Pfandrecht, wohl aber eine gültige Pfandobl. oder die Pfändbarkeit der eingebrachten Sachen voraus, in d. dogm. Jahrb. XX. 10. S. 452 fg.; zu c. und d. vgl. jetzt R.Conc.O. §. 41. Nr. 2. 4. und Cretschmar im civ. Arch. LXIV. 7. S. 308 fg.]

e) Vermächtnißnehmer wegen der Vermächtnißforderung an den dem Onerirten aus der Erbschaft zugekommenen Gütern L. 1. 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. Nov. 108. cap. 2.

[f) Von dem gesetzlichen Pfandrechte des Commissionärs, Spediteurs, Frachtführers (H.G.B. Art. 374 fg. 382. 409.) kann hier nur kurze Erwähnung geschehen; die Darstellung desselben gehört ins Handelsrecht.]

[[4] Wie dem Vertragspfand im ältesten Recht die fiducia entsprach (s. §. 365. A. 1.), so dem gesetzlichen Pfandrecht der gesetzliche Eigenthums-Vorbehalt; s. F. Hofmann Beiträge S. 63 fg.]

## §. 374.

### B. Uebertragung eines Pfandrechts.

Das Pfandrecht steht in wesentlicher Beziehung zu der Forderung, deren Sicherstellung durch dasselbe ursprünglich bezweckt wurde. Die Haftung des Pfandes erstreckt sich nicht weiter, als der Inhalt der Pfandforderung reicht. Gleichwohl kann das Pfandrecht seiner Wirkung nach auf einen Andern übergehen, nicht nur mit der Forderung, sondern auch ohne dieselbe, theils durch eine Handlung des Gläubigers, theils auch ohne dessen Willen. Eine solche Uebertragung des Pfandrechts liegt in der Afterverpfändung (§. 367. 4.). Sie ist stillschweigend verbunden mit der Abtretung der Pfandforderung[a]. Ein Recht darauf haben der Bürge[b], und jeder rechtmäßige Besitzer des Pfandes[c], wenn sie, vom Gläubiger belangt, die Schuld zahlen[1].

Außerdem kann 1) bei der Novation der Pfandforderung das Pfandrecht mit Bewilligung des Pfandeigenthümers auf die neue Forderung übertragen werden[d]. 2) Wer zur Bezahlung eines Pfandgläubigers das Geld hergibt, sei es, daß er dem Schuldner zu diesem Zweck darleiht oder auf Anweisung desselben selbst an den Gläubiger zahlt, und sich dafür ein Pfandrecht an derselben Sache vom Eigenthümer ausbedingt, tritt eben dadurch in das Pfandrecht des abgefundenen Gläubigers ein[e]. Ebenso 3) der Pfandgläubiger, der ein anderes ihm zustehendes Pfand verkaufen läßt, um einen vorgehenden Pfandgläubiger abzufinden[f]. 4) Ein nachfolgender Pfandgläubiger kann überhaupt sich den Eintritt in das Pfandrecht des vorgehenden Gläubigers auch wider dessen Willen dadurch verschaffen, daß er demselben die Befriedigung für seine Pfandforderung in gehöriger Weise darbietet[g] [s. §. 388.]. Auch wird 5) demjenigen, der das Pfand zum Behuf der Abfindung eines Pfandgläubigers gekauft hat, andern Pfandgläubigern gegenüber zur Sicherung seines Eigenthumserwerbes die pfandrechtliche Sicherung des abgefundenen Gläubigers gewährt[h].

Daß in diesen Fällen ein bestehendes Pfandrecht übertragen, nicht dieses als ein neues bestellt wird[1a], ist überall vorzüglich in Beziehung

[a] L. 6. D. de hered. vel act. vend. 18. 4. §. 256. not. f. [b] L. 2. Cod. de fideiuss. 8. 40 (41). [c] L. 19. D. qui potiores. 20. 4. §. 378. not. l. [d] L. 3. pr. L. 12. §. 5. L. 21. pr. D. eod. L. 11. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri. 8. 26 (27). cf. L. 18. 30. D. de novat. 46. 2. L. 2. D. de pign. act. 13. 7. [e] L. 12. §. 8. D. qui potiores. 20. 4. L. 3. D. quae res pign. 20. 3. L. 1. Cod. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 8. 18 (19). [f] L. 12. §. 9. D. qui pot. 20. 4. [g] L. 12. §. 6. D. eod. (§. 388.) [h] L. 17. D. eod. (20. 4.) L. 3. Cod. l. c. 8. 18 (19).

zu andern an derselben Sache bestehenden Pfandrechten (§. 387.), wegen des Rangverhältnisses unter denselben, von Bedeutung[2].

Anm. [[1] L. 2. Dig. 20. 1. Bethmann-Hollweg S. 23 fg.]

[1a] Ueber die hypothekarische Succession, wie man die Nachfolge in die Stelle eines Pfandgläubigers nennt, weichen die Auffassungen sehr von einander ab. Die bisher herrschende Ansicht führt die angegebenen Fälle derselben, mit Ausnahme desjenigen unter Nr. 1., auf eine fingirte Cession der Pfandforderung und der damit verbundenen Pfandrechtsklage zurück. Mühlenbruch Cession S. 482 fg. Dagegen hat Dernburg im civ. Arch. XLI. 1. und zum Theil übereinstimmend schon vor ihm Bachofen S. 497 fg. die Ansicht aufgestellt, daß weder Forderung noch Pfandrecht übergehe, sondern ein neues Pfandrecht entstehe, welchem nur der gesetzliche Vorzug des beseitigten Pfandrechts beigelegt werde, wobei jedoch der Fall unter Nr. 5., in welchem von Entstehung eines Pfandrechts keine Rede sein kann, einer andern Beurtheilung unterliegt. Diese Ansicht ist alsdann von Dernburg Pfandrecht II. §. 161..166. vollständig und scharfsinnig durchgeführt worden. [Vgl. Schott in d. dogm. Jahrb. XV. S. 56 fg.] Eine dritte Ansicht erkennt in allen Fällen unter Nr. 1..5. einen Uebergang des Pfandrechts, beziehungsweise (im Fall Nr. 5.) der rechtlichen Stellung des abgefundenen Gläubigers ohne Uebergang der Pfandforderung an. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 292. 836. [2. Aufl. II. §. 348. vor und in N. 12.] Windscheid Pand. §. 233 b. A. 16. [Voß in den dogm. Jahrb. XV. S. 332 fg. Tellegen successio hypothecaria, Groningen 1880.] (drbr. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 477 fg.) Vgl. dazu auch Simon im civ. Arch. XLI. S. 56 fg. Dagegen ist die herrschende Ansicht wieder vertheidigt von Schmid Cession I. S. 279..352., vorzüglich S. 328 fg. und über den Fall unter Nr. 1. insbesondere S. 346 fg. Vgl. aber wiederum Windscheid 2. und 4. Aufl. a. a. O. Adamkiewicz z. L. von der hypothekarischen Succession, im civ. Arch. LVI. 1. Fr. Hofmann in d. dogm. Jahrb. X. S. 377 fg. [Roth im civ. Arch. LXII. 2. S. 106 fg.] — Ueber hypothekarische Succession bei theilweiser Abtragung der Vorschuld: Schlayer im civ. Arch. XLIX. S. 218 fg. [aber auch ebenda LXIV. 10. S. 395 fg.]; dagegen Windscheid a. a. O. A. 8. 9. [Vgl. überhpt. noch zu dieser Anm. die Berliner Dissert. von F. Fränkel, C. Th. v. Beust, Adamkiewicz, Garbeike 1867, 1868, 1869, 1871. Brinz 2. Aufl. II. §. 352. S. 864 fg.]

[2] In den ersten Ausgaben dieses Lehrbuchs wurde noch hinzugesetzt: „es kann aber auch insofern wichtig sein, als dabei nicht die Voraussetzungen ursprünglicher Bestellung eines Pfandrechts (§. 371.) erforderlich sind". Dieser Satz ist mit Recht angefochten von Dernburg II. S. 499 fg. In Beziehung auf die im §. angeführten Fälle schlechthin mußte er zu der Meinung verleiten, daß auch in den Fällen unter Nr. 1..3. der fragliche Erfolg einer Succession in ein bestehendes Pfandrecht ohne Mitwirkung des dermaligen Eigenthümers der Sache erreicht werden könne, und das ist nach L. 2. D. de pign. act. 13. 7. u. L. 30. D. de novat. 46. 2. unrichtig; vielmehr wird hier die Succession durch eine Verpfändung, die an sich gültig sein muß, vermittelt, mit Rücksicht auf das unter Nr. 4. dem nachstehenden Pfandgläubiger überhaupt gewährte Recht. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 319 fg.

## III. Rechte der Pfandgläubiger.

### A. Abgesehen vom Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

#### 1) Bei Verpfändung von Sachen.

#### §. 375.

a) Verkaufsrecht[a].

Der Pfandgläubiger hat, nachdem die Pfandforderung wenigstens zum Theil fällig[b] und so lange ihm nicht volle Bezahlung derselben geworden[c], die Befugniß, nicht die Pflicht[d], unabhängig vom Verpfänder und jetzigen Eigenthümer[e], kraft seines dinglichen Rechts und im eigenen Interesse, wenn auch vergleichbar einem Bevollmächtigten[f], die Pfandsache zum Verkaufe zu bringen[1], und deren Eigenthum[g], beziehungsweise Besitz mit dem Recht der Publiciana actio[h], durch Uebergabe derselben[i] unwiderruflich[k] auf den Käufer zu übertragen. Durch den Verkauf verpflichtet er sich, dem Käufer den Besitz der Sache zu übertragen, jedenfalls wenn er selbst im Besitze ist, mindestens aber, wenn er nämlich nicht im Besitze ist und der Käufer dieses wußte, demselben seine Rechte abzutreten[l]. Er haftet diesem, wenn er als Pfandgläubiger verkaufte und nicht zu Mehrerem sich besonders verpflichtete oder betrügerisch handelte, nur dafür, daß demselben nicht wegen Unrechtmäßigkeit des Pfandverkaufes, insbesondere wegen Mangels des Pfandrechts oder durch einen andern Pfandgläubiger kraft bessern Pfandrechts, die Sache entwährt werde[m]. Er haftet dem Verpfänder für das Interesse, wenn er nicht redlich zu Werke ging und mit angemessener Sorgfalt auch in Rücksicht auf den Vortheil des Verpfänders, soweit dies ohne Beeinträchtigung seines eigenen Interesse thunlich ist[n]. Der Verpfänder kann selbst Restitution erlangen, wenn etwa der Käufer an der Unredlichkeit des Pfandverkäufers theilgenommen hat[o]. Ist die Sache an einen andern Pfandgläubiger oder einen Bürgen des Pfandschuldners verkauft, so wird dies so angesehen, als ob jenem nur die

[a] Dig. de distractione pignorum vel hypothecarum. 20. 5. Cod. 8. 27 (28). [b] L. 4. D. h. t. [c] L. 6..8. 14. Cod. h. t. [d] L. 6. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 15. §. 3. D. de re iud. 42. 1. [e] Cod. debitorem venditionem pignorum impedire non posse. 8. 28 (29). L. 1. Cod. de litigios. 8. 36 (37). [f] §. 1. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 14. §. 5. D. de div. temp. 44. 3. L. 29. D. fam. erc. 10. 2. L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. [g] L. 4. D. de pign. act. 13. 7. L. 15. Cod. h. t. [h] cf. L. 18. D. de pignor. 20. 1. [i] L. 13. D. h. t. 20. 5. cf. L. 7. pr. eod. [k] L. 7. pr. §. 1. eod. L. 2. Cod. si antiquior cred. 8. 19 (20). [l] L. 13. D. cit. [m] Cod. creditorem evictionem non debere. 8. 45 (46). cf. L. 10. D. h. t. L. 11. §. 16. D. de act. emti. 19. 1. [n] L. 4. 7. 9. Cod. h. t. 8. 27 (28). [o] L. 1. 3. 4. Cod. si vendito pignore agatur. 8. 29 (30).

Pfandforderung verkauft worden wäre; der Schuldner behält das Recht der Wiedereinlösung[p].

Der Kaufpreis[2] dient dem Gläubiger zu seiner Befriedigung, soweit er dazu ausreicht, und insoweit er so Befriedigung erhalten oder auch durch sein Verschulden, z. B. weil er unvorsichtig dem Käufer Credit gegeben, nicht erhalten hat, wird die Pfandschuld getilgt[q]; der Ueberschuß ([superfluum,] hyperocha) muß herausgegeben werden[r].

Uebrigens soll nach Justinian's Vorschrift der Gläubiger den Verkauf nicht vornehmen vor Ablauf von zwei Jahren, nachdem der Schuldner rechtskräftig verurtheilt oder unter Androhung des Pfandverkaufes zur Zahlung aufgefordert worden[s]. Die Verabredung, daß nicht verkauft werden solle, hat die Wirkung, daß dreimal gemahnt werden muß[t]. Das pignus in causa iudicati captum[3] kann nach Ablauf von zwei Monaten seit der Auspfändung verkauft werden, und zwar im Wege gerichtlicher Versteigerung[u]. Nach heutigem Gebrauch aber findet auch bei andern Pfändern regelmäßig dann gerichtlicher Verkauf statt, wenn der Gläubiger erst durch richterliche Hülfe den Besitz des Pfandes erlangt und den Verkauf desselben ermöglicht; und dabei pflegt man denn die oben angegebene Verkaufsfrist nicht zu beobachten[4]. Besondere Verabredung kann überall eine Abweichung von den gesetzlichen Regeln begründen[v].

Anm. [1] Verkauf der Pfandsache ist der gewöhnliche Weg, dem Gläubiger das Mittel zu seiner Befriedigung zu verschaffen, das Recht dazu die wichtigste dem Zweck des Pfandrechts entsprechende Befugniß. Nach älterem Rechte zwar wurde dieselbe nicht schon durch die Verpfändung an sich begründet, sondern setzte eine besondere Verabredung voraus. Aber schon zu Ulpian's Zeit war anerkannt, daß die Verpfändung an sich schon das Verkaufsrecht gebe, und der Mangel ausdrücklicher Einräumung nur eine vorläufige dreimalige Anzeige des beabsichtigten Verkaufes nöthig mache; und nach Justinianischem Recht ist auch diese Beschränkung weggefallen; sie gilt nur mehr, wenn verabredet ist, daß der Pfandgläubiger nicht verkaufen solle, wodurch also die Verkaufsbefugniß nicht ausgeschlossen, sondern nur deren Ausübung an eine besondere Voraussetzung gebunden wird. Pauli sent. II. 5. §. 1. L. 4. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. Cod. de distract. pign. 8. 27 (28). L. 4. cit. ist vermuthlich interpolirt. [Vgl. Kohler S. 65 fg.] Gleichwohl darf man nicht sagen, daß die Verkaufsbefugniß ein wesentliches Element des Pfandrechtes sei. Ist baares Geld verpfändet (§. 367. A. 2.), so erreicht der Gläubiger unmittelbar durch dessen Aneignung seine Befriedigung, und bedarf es nicht des Verkaufes. Bremer a. a. O. S. 63. Windscheid §. 226a. A. 2. Pfaff a. a. O. S. 20 fg. — Uebrigens vergl. den Pfandverkauf betr. über das Ge-

[p] L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. 20. 5. [q] L. 9. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. L. 26. D. de solut. 46. 3. L. 35. pr. D. de pign. act. 13. 7. cf. L. 22. §. 4. eod. L. 59. §. 4. D. mand. 17. 1. [r] L. 24. §. 2. L. 42. D. de pign. act. 13. 7. [s] L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. impetr. 8. 33 (34). cf. L. 4. Cod. h. t. 8. 27 (28). [t] L. 4. 5 D. de pign. act. 13. 7. [u] L. 2. 3. Cod. si in causa iud. 8. 22 (23). L. 15. §. 2. L. 31. D. de re iud. 42. 1. [v] L. 4. 5. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. impetr. 8. 33 (34).

schichtliche Bachofen S. 157..210. Dernburg I. S. 84..93., über die dogmatische Lehre Bachofen S. 559..610. Platner im civ. Arch. XXXII. 4. Dernburg II. §. 95..117. 120. 121. S. 108 fg. 257 fg. Schmid Cession I. S. 222 fg. [v. Moreau die Haftung wegen Eviction der verkauften Pfandsache. Diss. München. 1878. Carlin Niemand kann auf einen Andern mehr Recht ꝛc. 1882. S. 21..28. Brinz 2. Aufl. II. §. 353.] — Streitig: a) ob Mora des Schuldners vorausgesetzt werde? Puchta §. 205. not. d.; dagegen Vangerow §. 379. A. Nr. 3. Bachofen S. 165. 640 fg. [Brinz a. a. O., N. 11.] dafür wieder Dernburg II. S. 122 fg.; vgl. auch das deutsche Handelsgesetzb. Art. 310. 311.; aber dazu Windscheid §. 237. A. 3.; b) ob selbst mora accipiendi den Verkauf nicht hindere? Vangerow a. a. O. [S. 359.] arg. L. 2. Cod. deb. vend. pig. 8. 28 (29). L. 8. Cod. de distract. pig. 8. 27 (28).; dagegen Puchta not. d. Brinz 1. Aufl. S. 354. cf. L. 5. Cod. de distr. pign. L. 25. §. 14. D. fam. erc. 10. 2.; dafür wieder Dernburg II. S. 126 fg., vgl. Windscheid A. 2.; c) ob Liquidität der Forderung vorausgesetzt werde? W. Müller civ. Abh. Nr. 3. §. 2. 3. arg. L. 5. Cod. cit. L. 3. §. 1. Cod. de iure dom. impetr. 8. 33 (34).; dagegen Vangerow a. a. O. Nr. 2., [Brinz a. a. O. N. 12.]; Puchta Vorl. §. 205: „der gerichtliche Verkauf wird durch Bestreitung der Forderung, also des Pfandrechts, gehemmt, nicht an sich der Privatverkauf; aber dieser ist nichtig, wenn die Forderung nicht existirt. Ferner kann er nichtig sein als Verkauf einer res litigiosa, wenn der Verpfänder vor dem Verkauf vindicirt hat. Soll der Verkauf erst durch die hyp. actio vorbereitet werden, also, wenn der Gläubiger nicht schon im Besitz ist, so wird die Bestreitung der Forderung ihn stets hindern". Vgl. Dernburg II. S. 128 fg. Windscheid A. 3. a. E.

2 Erwirbt der Gläubiger an dem empfangenen Gelde sofort Eigenthum? Windscheid §. 237. a. E. vgl. Sohm a. a. O. S. 50. 112 fg. [vgl. R.C.Pr.O. §. 720.]; oder vielmehr zunächst nur wieder Pfandrecht? Bremer a. a. O. S. 170 fg. Pfaff a. a. O. S. 22 fg.

3 Darüber Dernburg II. §. 119. S. 250 fg.

4 Vgl. Dernburg II. S. 144 fg. und §. 120. S. 257 fg.

## §. 376.

### b) Recht des Zuschlags.

Wenn kein Käufer des Pfandes oder doch kein annehmlicher sich findet, so kann sich der Gläubiger das pignus in causa iudicati captum sofort für die Forderung, die dadurch erlischt, addiciren lassen[a]. Außerdem kann in solchem Falle bei jedem Pfandrechte der Gläubiger verlangen, daß ihm, nach nochmaliger Mahnung des Schuldners oder nach Ablauf einer dem Abwesenden richterlich gesetzten Zahlungsfrist, das Eigenthum des Pfandes zugeschlagen werde (ius dominii impetrandi)[1] unter gerichtlicher Abschätzung desselben, mit Vorbehalt des Ueberschusses seiner Forderung und Herausgabe des Ueberschusses des Werthes. Doch kann alsdann binnen zwei Jahren der Verpfänder das Pfand noch

a L. 15. §. 3. D. de re iud. 42. 1. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 22 (23). cf. L. 2. Cod. eod. L. 3. Cod. de execut. 7. 53.

wieder einlösen, und andererseits der Gläubiger dasselbe noch mit der Wirkung verkaufen, daß sich die Größe seiner Restforderung oder des herauszuzahlenden Ueberschusses nach dem wirklichen Kaufpreise bestimmt, falls er nur eidlich erhärtet, daß er redlich so gut als möglich verkauft habe[b]. Der Betrag der Forderung, soweit sie durch den Zuschlag getilgt ist, gilt gleichsam als Kaufpreis[c].

Der Zuschlag geschieht nach römischem Rechte durch Rescript des Regenten[d], nach heutigem Gebrauch durch den Richter.

Ungültig ist die Verabredung, daß dem Gläubiger im Falle der Nichtzahlung das Pfand von selbst für seine Forderung verfallen sein solle[e], lex commissoria[2].

Anm. [1] Dernburg II. §. 118. S. 240 fg. Wächter das schwebende Eigenthum S. 24 fg. Köppen Fruchterwerb des b. f. poss. S. 78 fg.

[2] Ueber die lex commissoria s. Warnkönig „dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre v. d. lex commiss. bei Pfandrechten", im civ. Arch. XXIV. [S. 1..38. 312..388.] XXV. [S. 60..114. 226..255. 420..439. Dernburg II. §. 122 bis 124. S. 273 fg. — Unter dieses Verbot fällt aber weder a) die spätere Ueberlassung des Pfandes an Zahlungsstatt, L. 13. Cod. de pignor. 8. 13 (14). L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7.; noch b) der spätere Verkauf des Pfandes an den Gläubiger, L. 12. pr. D. de distr. pig. 20. 5.; selbst nicht c) der voraus für den Fall der Nichtbezahlung bedingt abgeschlossene Verkauf, sofern er nicht zur Umgehung des Verbotes dient; also namentlich dann nicht, wenn er für einen erst alsdann zu bestimmenden billigen Preis geschieht, L. 16. §. 9. D. de pignor. 20. 1.; und noch weniger d) ein solcher bedingter Verkauf an den Bürgen, für den Fall, daß er für den Schuldner zahle und nicht binnen gewisser Zeit Rückzahlung erhalte, L. 81. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Vgl. noch Fragm. Vat. §. 9. Vangerow §. 383. Seuffert §. 208. Dernburg §. 124. — Ob eidliche Bestärkung den Vertrag dem Verbot entziehe? vgl. §. 240. A. 2. cap. 7. X. de pign. 3. 21. Vangerow §. 383. a. E.; dagegen Seuffert A. 3.; vgl. Dernburg II. S. 285 fg.

## §. 377.

### c) Retentionsrecht wegen anderer Forderungen.

**Wenn der Gläubiger im Besitze des Pfandes ist, so ist er auch, nachdem er für die Pfandforderung volle Befriedigung erhalten hat, doch dem Schuldner gegenüber noch berechtigt, dasselbe zurückzuhalten, d. h. dessen Klage auf Herausgabe des Pfandes durch doli exceptio auszuschließen, so lange er noch eine andere Forderung an denselben hat.**

Anm. L. un. Cod. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri. 8. 26 (27). (Gordian.).. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque

[b] L. 3. Cod. de iure dominii impetrandi. 8. 33 (34). (Justinianus a. p. Chr. 530.) cf. L. 1. 2. eod. L. 63. §. 4. D. de acquir. dom. 41. 1. [c] L. 24. pr. D. de pign. act. 13. 7. [d] L. 2. 3. Cod. l. c. L. 3. Cod. si in causa iud. 8. 22 (23). [e] L. 3. Cod. de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda. 8. 34 (35). (Constantin.)

pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam (rem) restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, cuius nomine ea pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint (acceperunt). — „Ohne Grund und gegen den Wortlaut der Constitution wird diese Bestimmung von Vielen auf das Faustpfand eingeschränkt. Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel, nach welcher das Retentionsrecht mit der Forderung des Klägers oder ihrem Gegenstand connexe Forderungen voraussetzt, ... aber in der Natur des Faustpfandes liegt nichts, was eine Beschränkung auf dasselbe rechtfertigen könnte". Puchta §. 204. not. c. vgl. Vangerow §. 382. Dernburg II. §. 92..94. S. 94 fg. Schlayer im civ. Arch. XLIX. S. 102 fg. — Ueber die Statthaftigkeit dieses Retentionsrechtes im Concurse: Vangerow das. a. E.; dagegen Puchta Vorl. §. 204. a. E., Bayer Concursproc. §. 28. Dernburg II. S. 106 fg.

d) Klagen.

## §. 378.

### a) Dingliche Pfandklage.

Zur Geltendmachung des Pfandrechts ist dem Gläubiger eine dingliche Klage gegeben, die in einem Falle **Serviana** actio heißt, in den andern Fällen utilis oder quasi Serviana, überhaupt aber und gewöhnlich **hypothecaria** actio, oder auch **pignoratitia** (in rem) actio[1]. Sie ist eine vindicatio pignoris[2], und geht, gleich einer utilis rei vindicatio, gegen jeden Besitzer der Sache, also auch gegen den besitzenden Verpfänder selbst, sodann auch gegen fingirte Besitzer[a], nach Umständen jedoch nur in demselben Umfange, in welchem dem Verpfänder eine wirksame Publiciana actio zustand[b]. Sie bezweckt Herausgabe der Sache, beziehungsweise Ersatz des Interesse, wie die Eigenthumsklage[c], jedoch das letzte, dem Pfandschuldner selbst gegenüber, mit Beschränkung auf den Betrag der Pfandforderung[d]; sie geht auch, wie die Eigenthumsklage, auf die Früchte oder deren Ersatz, aber nur, sofern dies der Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers erfordert, und auf die vor Beginn des Rechtsstreites gezogenen Früchte nur insofern, als sie noch vorhanden und nicht dem Pfandrecht durch den Eigenthumserwerb des Beklagten entzogen sind[e].

Zur Begründung der Klage ist der Beweis der gültig geschehenen Verpfändung erforderlich[f], nebst dem der entstandenen Forderung[g]. Sie kann jedoch wohl schon vor der Fälligkeit der Forderung und selbst bei

[a] L. 16. §. 3. D. pignor. 20. 1. [b] L. 18. D. eod. [c] L. 16. §. 3. L. 21. §. 3. D. eod. (§. 167.) cf. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. [d] L. 21. §. 3. cit. [e] L. 16. §. 4. D. eod. vgl. §. 368. [f] L. 23. D. de probat. 22. 3. (§. 371.) [g] L. 10. §. 2. (L. 10.) Cod. de act. pign. 4. 24. cf. L. 1. Cod. si pign. conv. 8. 32 (33).

einem noch bedingten Pfandrecht[3] zur Sicherstellung künftiger Ausübung stattfinden[h].

Der Beklagte kann der Pfandklage ähnliche Gegenansprüche[4] und Einreden entgegensetzen, wie der Eigenthumsklage[i]; er kann außerdem jene abwenden 1) dadurch, daß er dem Kläger volle Bezahlung der Pfandforderung anbietet[k], wobei er, wenn er rechtmäßig in Besitz gekommen, zugleich Abtretung der Pfandforderung verlangen kann[l]; 2) durch sog. exceptio excussionis, und zwar a) exceptio excussionis personalis, mittels welcher ein dritter Pfandbesitzer den Kläger zuvor an den Schuldner und dessen Bürgen[5] verweisen kann[m], b) exceptio excussionis realis, Verweisung an ein anderes Pfand, welche im Fall der Verbindung genereller und specieller Verpfändung[6] statthaben kann[n], und dem Besitzer der vom Bürgen verpfändeten Sachen zusteht, wenn andere Pfänder für die Hauptschuld vorhanden sind[o]; 3) durch die Einrede des bessern Pfandrechts[p]; 4) durch die Einrede der Verjährung[q].

Anm. [1] Abgesehen von der alten Verpfändungsart durch Fiducia, wornach der Gläubiger als Eigenthümer die rei vindicatio hatte, wurde eine in rem actio zuerst dem Verpächter bezüglich der invecta et illata des Pächters gegeben, welche ihm für den Pachtzins verpfändet worden (cf. L. 5. Cod. de locato. 4. 65. L. 5. Cod. in quib. caus. pign. 8. 14. 15.) und dies ist die eigentliche Serviana actio, nach deren Vorbild sodann auch in andern Fällen, ohne Unterschied zwischen Faustpfand und Hypothek, eine gleiche Klage gegeben wurde. §. 7. J. de act. 4. 6. cf. L. 3. §. 3. D. ad exhib. 10. 4. L. 7. §. 12. D. comm. div. 10. 3. Ueber die geschichtliche Entwickelung vgl. vorzüglich Rudorff in d. Ztschr. für geschichtl. Rtsw. XIII. 4. Bachofen Pfandr. S. 27 fg. Dernburg I. S. 50 fg. Dagegen jedoch Bremer S. 181., welcher zu erweisen verheißt, daß die Serviana = pigneratitia in rem actio ausschließlich zum Schutz des pignus diente, bezüglich auf das, was das pignus vor der Hypothek voraus hat, während die hypothecaria actio überall nur ähnlich der confessoria in rem actio auf Anerkennung des Pfandrechts gerichtet sei und Herausgabe des Besitzes nur zur Ermöglichung der Eigenthumsübertragung bezwecke. Vgl. dagegen Windscheid §. 227. A. 7. §. 235. A. 1. Jene Pfandklage (bisweilen auch schlechtweg Serviana genannt) war eine prätorische in rem actio, mit formula in factum concepta. Die Formula muß vor allem die Thatsache der Verpfändung, also in dem gewöhnlichsten Fall die Erwähnung des Pfandvertrags enthalten haben, und zwar als geschehen zu der Zeit, da die Sache in bonis des Verpfänders war, mit Angabe der Pfandschuld; sie muß aber zudem auch Raum gelassen haben für die Vertheidigung des Beklagten, daß die Schuld bereits bezahlt oder der Gläubiger anderweitig befriedigt sei, oder daß dieser die Bezahlung und somit Tilgung der Pfandschuld hindere. Arg.

[h] L. 14. pr. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 13. §. 5. eod. L. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 10. Cod. de pignor. 8. 13 (14). [i] L. 29. §. 2. D. de pignor. 20. 1. vgl. §. 168. [k] L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. 20. 6. [l] L. 19. D. qui pot. 20. 4. [m] Nov. 4. cap. 2. cf. L. 14. 24. Cod. de pignor. 8. 13 (14). [n] L. 2. Cod. eod. cf. L. 2. D. qui pot. 20. 4. L. 9. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). [o] Nov. 4. cap. 2. [p] L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. (§. 387.). [q] L. 7. §. 1. 2. Cod. de praescript. 30. . . ann. 7. 39. (§. 108. vgl. §. 390.).

L. 6. Cod. si aliena res. 8. 15 (16). L. 3. D. de pign. 20. 1. L. 1. Cod. de n. n. pec. 4. 30. (cf. L. 1. Cod. si pign. conv. 8. 32 (33)., eine lex geminata). L. 18. §. 1. D. ad Sc. Vell. 16. 1. L. 6. pr. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. L. 13. §. 4. D. de pign. 20. 1. (cf. L. 49. D. de solut. 46. 3. L. 61 (59). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 30. §. 1. in f. D. de except. rei iud. 44. 2. L. 19. Cod. de usur. 4. 32. L. 11. §. 4. D. qui pot. 20. 4.) [Vgl. das Quellen-Verzeichniß bei Wlassak Edict und Klageform S. 131 fg., welcher (S. 129—136) darthut, daß der formula hypoth. kein edictum hyp. entsprach.] Ueber die Restitutionsversuche vgl. Francke civ. Abh. Nr. 2. bes. S. 117 fg. Rudorff a. a. O. S. 226 fg. Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 168. Bachofen S. 48 fg. 637 fg. und dazu Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 981 fg. Civilproc. §. 33. [5. Aufl. S. 150 fg.] Dernburg I. §. 7. S. 76 fg. Schmid Cession I. S. 112. A. Thon in d. Ztschr. für Rechtsgesch. II. S. 262 fg. Sie mag hiernach beispielsweise etwa so gelautet haben: *Iudex esto. Si paret, inter Aulum Agerium et eum, cuius in bonis tum Stichus servus, quo de agitur, fuit, convenisse, ut Stichus servus, q. d. a., propter pecuniam creditam Aulo Agerio pignoris nomine sit obligatus* (oder *Si paret, Stichum servum q. d. a. Lucii Titii in bonis fuisse eo tempore, quo inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenit, ut etc.*), *si non per Aulum Agerium stat, quominus ea pecunia solvatur* (oder nach Umständen: *extra quam si ea pecunia soluta eove nomine satisfactum est sive per Aulum Agerium stat, quominus ea pecunia solvatur*); *nisi Numerius Negidius arbitratu tuo restituet, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio quanti ea res erit, condemna s. n. p. a.* Von andern Restitutionsversuchen [vgl. den neuesten von Lenel in dessen ed. perpet. S. 395 fg.] unterscheidet sich dieser dadurch, daß darin die Berufung auf solutio oder satisfactio nur exceptionsweise als Vertheidigung des Beklagten eingefügt ist, wie es Thon a. a. O. vorgeschlagen und begründet hat. Die im Edict aufgestellte Formel, die jedoch nach Umständen mehrfach modificirt werden mußte, diente den römischen Juristen, von denen zwei, Gaius und Marcianus, sie in besondern Schriften (lib. sing. ad formulam hypothecariam) commentirt haben, vorzüglich zum Anhaltspunkte für ihre Erörterungen über das Pfandrecht, ohne daß sie jedoch das materielle Wesen der Sache dabei außer Acht ließen. Dernburg I. S. 81 fg. [vgl. Wlassak a. a. O. und S. 92.]

2 Ueber die Natur der Pfandklage und die ganze Theorie derselben vgl. jetzt vorzüglich Dernburg II. §. 125..136. S. 286..337., Bremer S. 97 fg. 181 fg. Windscheid §. 227. §. 235. [Brinz 2. Aufl. II. §. 351.]

3 Die formelle Zulässigkeit der Pfandklage in solchem Fall ergab sich von selbst nach A. 1.; es kam nur darauf an, ob sie auch sachlich gerechtfertigt war? Das war sie jedenfalls, wenn die zum Faustpfand gegebene Sache in eines Dritten Hand gekommen war, aber auch sonst wohl, wenn es das Interesse des Gläubigers erheischte, z. B. wegen der Gefahr des Verlustes beweglicher Pfänder: L. 14. pr. D. 20. 1. (die sich zweifelsohne auf den Fall der eigentlichen Serviana actio bezog); und zu welchem Zweck? L. 13. §. 5. eod. Sed si . . . agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam (dem rechtmäßigen Besitzer) iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt: *si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.* Huschke a. a. O. S. 168 fg. vgl. Rudorff S. 216 fg. Bachofen S. 18. 178 fg. 325. Dernburg II. §. 128. Windscheid §. 235. A. 2. 3.

4 Ueber das Retentionsrecht wegen Verwendungen: Dernburg II. §. 139. 140.

5 Vgl. Dernburg II. §. 143. 144. Demnach kann dem Bürgen die Abtretung des Pfandrechts (§. 374. not. b.) nur dann nützen, wenn das Pfand sich noch im Vermögen des Schuldners befindet. — Mit Unrecht haben einige geglaubt, dieses Beneficium sei durch Nov. 112. cap. 1. dem Besitzer eines Specialpfandes wieder entzogen. Vgl. Busch im civ. Arch. XXXI. S. 20 fg.; dagegen jedoch wieder Dernburg II. S. 379 fg. Es unterliegt aber ähnlichen Beschränkungen, wie das beneficium excussionis des Bürgen (§. 355.): Vangerow §. 389. a. E. Dernburg II. S. 384 fg. Ob es auch durch Concurs über das Vermögen des Auszuklagenden ausgeschlossen werde? W. Sell in Linde's Ztschr. III. 13. Chop im civ. Arch. XV. 3. Dernburg II. S. 385 fg.

6 Aus diesem Grunde wird ausdrücklich dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht der Verweisung an das Specialpfand gegeben. L. 2. Cod. 8. 18 (14). Es ist aber streitig, ob dies als besonderes Recht desselben anzusehen? oder andern Pfandbesitzern ebenso wie jenem überall und nur aus dem Gesichtspunkte einzuräumen sei, daß die generelle Verpfändung in Verbindung mit einer speciellen nur als subsidiäre auszulegen sei? (not. n.). Puchta §. 215. not. k. Vangerow §. 389. A. 2. Brinz 1. Aufl. S. 241. Windscheid §. 235. A. 24. 25. Dernburg II. §. 142. — In dem Fall der not. o. nennen manche die exceptio auch excussionis personalis gewiß unpassend, obwohl sie auf dem persönlichen beneficium excussionis des Bürgen beruht.

## §. 379.

### β) Interdictum Salvianum.

Für denselben Fall, auf welchen sich die Serviana actio bezog, hatte das prätorische Edict, zweifelsohne früher, ein interdictum adipiscendae possessionis gegeben, das interdictum Salvianum[a], wodurch sich der Verpachter den Besitz der ihm vom Pachter verpfändeten Sachen verschaffen konnte, um sein Pfandrecht daran auszuüben, und dieses wurde denn auch nach Einführung jener Klage, obgleich nun entbehrlich, noch beibehalten[1]. In der heutigen Praxis gibt man das Interdict allen Pfandgläubigern, als ein provisorisches Rechtsmittel, um sich nach summarischem Verfahren vorerst den Besitz des Pfandes zu sichern, ohne daß dadurch über das Pfandrecht schon rechtskräftig entschieden wird.[2].

Anm. 1 Die Theorie dieses Interdicts nach römischem Recht besteht aus lauter streitigen Punkten. Vgl. Thibaut im civ. Arch. XI. 7. Zimmern ebenda. XI. 15. Huschke Studien I. 4. [S. 387 fg.] Rudorff in d. Ztschr. f. gesch. R.W. XIII. S. 209 fg. Bachofen S. 10 fg. Keller a. a. O. S. 965 fg. Dernburg I. S. 57 fg. II. §. 187. S. 338 fg. — Puchta §. 217. Vangerow §. 390. Vgl. auch Brinz 1. Aufl. S. 306 fg. 382 fg. [2. Aufl. II. §. 351. Lenel in der Ztschr. f. Rechtsgesch. XVI. Rom. Abth. Nr. 9. S. 180 fg. Das ed. perpet. S. 393. Wendt in dogm. Jahrb. XXI. S. 816 fg.]

2 Dernburg §. 188. — Durch Vertrag (sog. pactum de ingrediendo) kann

a Dig. de Salviano interdicto. 43. 33. Cod. de precario et de Salviano interdicto. 8. 9. vgl. §. 3. i. f. J. de interd. 4. 15. Gai. IV. §. 147.

dem Gläubiger die Befugniß eingeräumt werden, sich eintretenden Falls auch „ohne Recht", d. i. ohne Klage in den Besitz des Pfandes zu setzen, was sonst unerlaubte Selbsthülfe wäre. R.D.A. von 1600 §. 31. 32. vgl. L. 3. Cod. de pign. 8. 13 (14). Dies berechtigt aber nicht zu gewaltthätiger Besitznahme, wenn dieser der Inhaber der Sache sich widersetzt. Vgl. Dernburg II. §. 134. 135. S. 324 fg.

## §. 380.

### γ) Andere Schutzmittel des Pfandgläubigers.

Wie die hypothecaria actio parallel ist der Eigenthumsklage des Verpfänders, so kann der Pfandgläubiger auch mancherlei andere Klagen, welche zunächst dem Eigenthümer zustehen, utiliter anstellen, wie es der Zweck der Pfandsicherheit erfordert[1]; so namentlich die negatoria und confessoria actio[a], die actio finium regundorum[b], die actio legis Aquiliae[c]; sodann können ihm auch die Klagen wegen Entwendung zustehen[d], und er kann cautio damni infecti verlangen[e], und opus novum nuntiare[f], auch das interdictum quod vi aut clam erlangen[g]. Hat der Pfandgläubiger von Anfang an oder hinterher den Besitz der Pfandsache erlangt, so stehen ihm zudem auch die Besitzklagen zu[h], interdicta retinendae und recuperandae possessionis[2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Dernburg II. §. 145..148., auch Schmid Cession I. S. 163..180. Bremer S. 180 fg., insbesondere über das Verhältniß des Pfandgläubigers zu demjenigen, welcher die Pfandsache beschädigt oder vernichtet: Stölzel im civ. Arch. XXXIX. 2. [Vgl. übhpt. Kohler §. 10.]

[2] Die Stellen, welche von Besitz des Pfandgläubigers reden (L. 1. §. 15. L. 36. 40. pr. D. de poss. 41. 2. L. 16. D. de usurp. 41. 3. L. 35. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 15. §. 2. D. qui satisd. 2. 8.), haben zwar zunächst nur das pignus im engern Sinn im Auge, und darum wird auch meistens nur dem Faustpfandgläubiger selbständiger Besitzesschutz durch Interdicte beigelegt. Savigny Recht des Besitzes S. 337. [7. Aufl. S. 298 fg.]. Vangerow I. §. 200. A. 1. Aber man muß doch denjenigen beitreten, welche auch dem Hypothekar, wenn er später zum Besitz gelangt, die Interdicte, also juristischen (abgeleiteten) Besitz zusprechen: arg. L. 5. §. 1. D. de pign. 20. 1. L. 37. D. de poss. 41. 2. L. 66. pr. D. de evict. 21. 2. L. 10. D. de pign. 20. 1. L. 8. Cod. de pign. 8. 13 (14). cf. L. 2. Cod. de distract. pign. 8. 27 (28). Eigenthümliches gilt bei dem pignus praetorium (§. 372. A. 1. §. 98. not. m.) Sintenis Pfandr. S. 280 fg. Bruns Recht des Besitzes S. 5 fg. Windscheid §. 164. A. 3. Stölzel im civ. Arch. XLV. S. 273 fg. [364 fg.]. Dernburg II. S. 58 fg. Der letzte widmet noch einen besondern §. 87. der „Charakteristik des Besitzes des Pfandgläubigers", worin er die Natur desselben als eines anomalen (abgeleiteten oder anvertrauten) Besitzes bestreitet. [Hierin und theilweise auch in der Begründung stimmt mit ihm Kohler §. 9. überein.]

[a] L. 16. D. de servitut. 8. 1. §. 169. 191. [b] L. 4. §. 9. D. fin. reg. 10. 1. (§. 321.) [c] L. 17. (pr.) 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [d] L. 12. §. 2. D. de cond. furt. 13. 1. L. 15. pr. L. 88 (87). D. de furt. 47. 2. §. 323. [e] §. 328. A. 3. [f] §. 330. not. l. [g] L. 11. §. 14. D. quod vi. 43. 24. §. 329. [h] L. 1. §. 9. D. de vi. 43. 16. L. 6. §. 4. D. de precario. 43. 26. cf. L. 14. §. 3. D. de div. temp. 44. 3. §. 135. not. i. §. 172. 173.

## §. 381.

### e) Nutzung des Pfandes.

Auf die Nutzung des Pfandes hat der Pfandgläubiger regelmäßig keinen Anspruch. Er macht sich eines furtum usus schuldig, wenn er ohne Bewilligung des Verpfänders sich des Gebrauchs der verpfändeten Sache anmaßt[a]. Ist er aber im Besitz der Sache und diese zur Gewinnung natürlicher oder bürgerlicher Früchte bestimmt, so muß er auch, wofern nicht deren Bezug dem Verpfänder unmittelbar überlassen wird, ähnlich einem Verwalter desselben, darauf bedacht sein, den angemessenen Ertrag daraus zu erzielen; er kann denn auch die percipirten Früchte gleich dem Eigenthümer verbrauchen oder verwerthen[1], muß aber deren Werth, sowie den des aus Verschulden vernachlässigten Fruchtgewinns zunächst auf seine Zinsforderung anrechnen und den Rest herausgeben oder sich von der Hauptschuld selbst in Abzug bringen lassen[b]. Wird dem Gläubiger eine fruchttragende Sache als Pfand übergeben, so darf er, wenngleich die Forderung unverzinslich ist[2], von dem zu verrechnenden Ertrag der Früchte landesübliche Zinsen für sich in Abzug bringen[c]. Ist dem Gläubiger die Antichresis, d. i. der Gebrauch oder Fruchtgenuß der Pfandsache anstatt der Zinsen[d], ausdrücklich eingeräumt worden[3], so hat er diesen schlechthin als Ersatz für die Zinsen, ohne über den Ertrag, sofern dieser nicht in einem Geldbezuge besteht, Rechnung legen zu müssen[e], es wäre denn ein anderes verabredet[f] oder nur eine Umgehung der Gesetze gegen Zinswucher[g] bezweckt worden.

Anm. [1] Bachofen S. 139 fg. [und ebenso Kohler S. 74 fg. 182 fg.] legen dem Pfandgläubiger Eigenthumserwerb an den Früchten gleichwie einem bonae fidei possessor bei, arg. L. 22. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. Dagegen Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 998 fg. Windscheid §. 234. A. 2. 3. Dernburg II. S. 71 fg. [Göppert organ. Erzeugnisse S. 387 fg. Exner Tradition S. 19. N. 48.]

[2] L. 8. cit. (not. c.) Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Die Stelle ist aus Pauli sent. II. 5. entnommen, wo Huschke in d. iurisprud. anteiust. S. 358. [4. Aufl. S. 457.] für „usuras" emendirt „usurarum". [In Krüger's Ausg. in der coll. libr. iur. anteiust. II. p. 65. lib. 2. tit. 13. §. 1. b.] Dieser Fruchtbezug des Pfandgläubigers wird in der modernen Terminologie häufig als *antichresis tacita* bezeichnet, ist aber vielfach angefochten worden. Von einer wirklichen Antichresis (A. 3.) versteht die Stelle Stephan im civ. Arch. XXX. S. 355 fg.

[a] §. 6. J. de obl. ex del. 4. 1. L. 55 (54). pr. D. de furt. 47. 2. cf. L. 9. §. 2. D. de supellectile leg. 33. 10. [b] L. 1..3. Cod. de act. pign. 4. 24. L. 1. Cod. de distr. pign. 8. 27 (28). L. 5. §. 21. D. ut in poss. legat. 36. 4. cap. 6. X. de pign. 3. 21. [c] L. 8. D. in quib. caus. pign. 20. 2. [d] L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. L. 33. D. de pign. act. 13. 7. [e] L. 14. 17. Cod. de usur. 4. 32. [f] L. 1. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [g] L. 26. §. 2..5. (1.) Cod. de usur. 4. 32.

Dagegen Vangerow §. 384. a. E. Windscheid §. 234. A. 4. Dernburg II. §. 89. Der letzte gibt auch dem Hypothekar dasselbe Recht, wenn er später in den Besitz der Sache kommt; a. M. Windscheid a. a. O.

[3] Vgl. Seuffert §. 211. Erörtr. II. S. 104 fg. Vangerow §. 384. A. 2. — Dernburg II. §. 91. [Roedenbeck die Antichresis. Halle 1874. Kohler §. 6. „Nutzpfand im röm. R.", und §. 9. bes. S. 183 fg. — Ueber L. 11. §. 1. D. de pign. 20. 1. s. Dernburg II. S. 92., Windscheid §. 234. N. 5. B.-Hollweg S. 37.]

## §. 382.

### 2) Bei Verpfändung anderer Gegenstände.

Ist der Gegenstand der Verpfändung nicht eine Sache als Eigenthumsgegenstand, so finden die Bestimmungen der §§. 375 . . 381. analog Anwendung, sofern nicht die besondere Natur des Gegenstandes eine Modification mit sich bringt. Dem Gläubiger steht regelmäßig die dem verpfändeten Rechte entsprechende Klage als utilis actio hypothekarisch zu, und kann er analog auch die übrigen pfandrechtlichen Befugnisse, so wie es die Natur des Gegenstandes zuläßt, ausüben.

Dies ist 1) am einfachsten und vollständig der Fall bei Verpfändung der Emphyteuse und Superficies, sei es einer bestehenden oder einer erst zu errichtenden[a]. Der Gläubiger macht sein Recht durch utilis actio vectigalis oder de superficie geltend; er kann durch Verkauf das Recht einem Andern einräumen; auch sind dabei die §§. 377. 379 . . 381. vollkommen anwendbar. 2) Aehnlich verhält es sich bei Verpfändung des Usus fructus, in Folge deren entweder die Ausübung des bestehenden oder das Recht selbst des erst zu errichtenden Usus fructus verkauft werden kann[b], wenn nicht die Absicht war, daß der Gläubiger nur durch den Fruchtbezug sich Befriedigung verschaffen sollte[c]. 3) Ebenso kann eine Prädialservitut verkaufsweise durch den Gläubiger eingeräumt werden, natürlich nur an einen benachbarten Grundbesitzer[d]. 4) Auch eine verpfändete Forderung kann verkauft werden, wodurch der Käufer Cessionar wird[e]. Es kann aber auch der Pfandgläubiger kraft seines Pfandrechts selbst das Forderungsrecht ausüben; er kann gleich dem Cessionar durch Kundgebung der geschehenen Verpfändung den Schuldner hindern, so lange das Pfandrecht an der Forderung besteht, an den Verpfänder mit der Wirkung der Schuldbefreiung Zahlung zu leisten, und selbst utili actione den Schuldner belangen[1a], um die Zahlung der verpfändeten Forderung zum Zweck der Befriedigung seiner Pfandforderung, soweit diese reicht, zu erwirken, wenn aber, was er als

[a] L. 13. §. 3. D. de pignor. 20. 1. L. 16. §. 2. D. de pign. act. 13. 7. [b] L. 11. §. 2. D. de pignor. 20. 1. [c] L. 15. pr. eod. [d] L. 12. eod. [e] L. 7. Cod. de hered. v. act. vend. 4. 39. L. 15. §. 10. D. de re iud. 42. 1.

Schuldgegenstand empfängt, etwas anderes ist als Geld, jenes nunmehr als Pfand behalten[f]. Endlich 5) der Afterpfandgläubiger ist befugt, das Pfandrecht des Afterverpfänders auszuüben und die Pfandklage als ihm pfandweise zur Sicherung seiner Forderung abgetretene anzustellen[g]; er kann denn auch, soweit dies die Ausübung des Pfandrechts mit sich bringt, zugleich die Forderung des Afterverpfänders ausüben[h], ist aber, bloß als Afterpfandgläubiger, nicht auch sonst berechtigt, diese Forderung durchaus als ihm verpfändete zu behandeln[2].

[Anm. [1] Vgl. zu Nr. 1..3 übhpt. Kohler §. 18: „Theorie der Pfandrechte mit beschränkter Ausbeutekraft, insbes. ... der auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte".]

[1a] Die Klage kann der Natur der Sache nach nur eine persönliche sein, insofern aber immerhin auch eine hypothekarische genannt werden, als sie auf die Verpfändung der Forderung sich gründet und in Voraussetzungen und Wirkung nach Analogie der hypothecaria actio zu beurtheilen ist; sie ist demnach auch von einer schlechthin cedirten Klage wohl zu unterscheiden. Vgl. Dernburg I. S. 461..475. Windscheid §. 239. A. 7..12. Schmid Cession I. S. 114..140. Vangerow I. §. 368. A. 1. (7. Aufl. S. 812 fg.). Anders Bremer a. a. O. S. 98 fg. 184 fg. 211 fg. Er statuirt in diesem Falle, wie auch in den übrigen Fällen dieses §., die gewöhnliche hypothecaria actio als dingliche wesentlich nur präjudizielle Klage, um die Anerkennung des streitigen Pfandrechts zu erwirken, verwirft ganz die utiles actiones aus dem Recht des Verpfänders in den Fällen unter Nr. 1. 2., und gibt nur im Falle Nr. 4., ganz verschieden von jener Pfandklage, dem Gläubiger auch die persönliche Forderungsklage als utilis actio, um selbst, anstatt die Forderung zu verkaufen [*ius distrahendi*], deren Erfüllung zu erwirken [*ius exigendi*]. Dagegen Windscheid in d. 2. Aufl. §. 239. A. 2 fg. Spiegel diss. cit. pag. 24 sqq. Vgl. oben §. 367. A. 4. Exner Kritik des Pfandrechtsbegriffs S. 133..173. Der letzte hält [S. 164 fg.] ein Verkaufsrecht des Forderungspfandgläubigers nur kraft besonderer Verleihung für begründet [ebenso Hellwig §. 23.], und allerdings sind die in not. e. angeführten Stellen nicht beweisend für die Regel: L. 15. §. 10. cit. nicht wegen beschränkter Beziehung auf das pignus in causa indicati captum, L. 7. cit. nicht nach der von Krüger in d. krit. Vjschr. XVI. S. 115 fg. nachgewiesenen Lesart („visum est, ut"). Vgl. übrigens Windscheid 4. Aufl. §. 239. A. 9. 10. [und R.Civ.Pr.O. §. 729 fg., dazu Mandry Reichsges. S. 288 fg., 2. Aufl. 383 fg. 387 fg. — Jetzt sehr ausführlich Hellwig (s. §. 367. A. 4.), der eine „cooptirende Cession" annimmt, sich aber gleichwohl gegen die bisherigen Versuche, die Verpfändung der Forderung auf eine beschränkte Cession zurückzuführen, wendet, weil das nomen nicht aus dem Vermögen des Verpfänders ausgeschieden werde. Vgl. ebd. §. 18. Ueber das ius exig. §. 24 fg.]

[2] In Betreff der Frage, ob und inwieweit in der Afterverpfändung zugleich eine Verpfändung der Forderung des Afterverpfänders liege? hat L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1. (Marcian) zu verschiedenen Meinungen Anlaß gegeben, indem sie sagt: Cum

[f] L. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. L. 4. Cod. quae res pign. 8. 16 (17). L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1. [g] L. 1. Cod. si pign. pignori. 8. 23 (24). [h] L. 13. §. 2. D. de pign. 20. 1.

pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit, an non? quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius lib. 7. ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum (Hal. Vulg. *exacta a creditore se compensaturum*); si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Vgl. darüber Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 227 fg. (welcher vorschlägt, zu lesen: *Et verum est, ... si quidem pecuniam debet is, cuius nomine pignori datum est*, *exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum* etc.), Brinz 1. Aufl. S. 323 fg., Dernburg I. S. 475..484. Windscheid §. 239. A. 13...16. Schmid I. S. 121 fg. 140..162. Vangerow I. §. 368. A. 2. (7. Aufl. S. 814 fg.). Bremer S. 221 fg. F. Hofmann in d. dogm. Jahrb. X. S. 382 fg. Spiegel l. c. pag. 45 sqq. [B.-Hollweg S. 42 fg., Kohler S. 197 fg. Schwemann im civil. Arch. 67. Bd. S. 301 fg.]

## §. 383.

## B. Beim Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte.

An derselben Sache kann gleichzeitig Mehreren ein Pfandrecht zustehen, und zwar 1) so, daß jedem nur ein Theil der Sache verpfändet ist[a], bezüglich dessen er dann sowohl gegen die übrigen Pfandgläubiger als gegen andere Personen alle pfandrechtlichen Befugnisse ausüben[b], im Verhältniß zu den ersten aber zudem auch durch die actio communi dividundo ein Theilungsverfahren veranlassen kann[c]; ein solches Verhältniß wird im Zweifel angenommen, wenn Mehreren gemeinschaftlich in einem Act dieselbe Sache verpfändet ist, so zwar[1], daß die Pfandantheile sich nach dem Betrage der verschiedenen Forderungen richten[d]; 2) so daß jedem der mehreren Gläubiger dieselbe ganze Sache (in solidum) verpfändet ist, gleichwie dieselbe Person Mehreren als Schuldnerin verpflichtet sein kann. In diesem Fall kann dritten Personen gegenüber jeder von ihnen das ganze Pfand in Anspruch nehmen, als welches wenigstens eventuell jedem ungetheilt für seine ganze Forderung haftet[e]. Was aber das Verhältniß unter den verschiedenen Gläubigern betrifft, so kann a) unter ihnen gleichwohl eine Gemeinschaft bestehen, vermöge deren alle nach Verhältniß ihrer Forderungen auf Befriedigung aus dem Pfandgegenstande Anspruch haben, in der Ausübung des Pfandrechts also einander beschränken[2];

[a] L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. sol. 20. 6. [b] L. 10. in f. D. de pignor. 20. 1. [c] L. 7. §. 6. 12. D. comm. div. 10. 3. [d] L. 16. §. 8. D. de pignor. cf. L. 96. §. 3. D. de solut. 46. 3. L. 20. §. 1. D. de pign. act. 13. 7. L. 10. D. cit. [e] L. 10. D. cit.

dies kann z. B. durch Verabredung so bestimmt[f] oder Folge der Theilung einer Pfandforderung unter mehreren Erben sein[g]. b) Die verschiedenen Gläubiger können **unabhängig** von einander aber **gleichberechtigt** das Pfandrecht haben[3], so daß unter ihnen eine wahre Collision der Rechte entsteht, bei welcher die **Prävention** der Ausübung entscheidet[h]; dies kann die Folge gleichzeitiger nicht gemeinschaftlicher Verpfändung derselben Sache an mehrere Gläubiger sein, und als solche müssen auch die innerhalb eines bestimmten Zeitraums geschehenen Verpfändungen gelten, wenn sich deren Zeitfolge nicht näher nachweisen läßt[i]; gleiches tritt auch ein, soweit nämlich eine solche Verpfändung überhaupt wirksam ist, wenn von verschiedenen Nichteigenthümern Mehreren dieselbe Sache verpfändet ist[k]. Endlich c) können die verschiedenen Pfandrechte in einer **Rangordnung** unter einander stehen, das eine dem andern vorgehen; und dies ist der häufigste Fall. Es fragt sich in dieser Beziehung: α) aus welchen Gründen kann ein Pfandrecht vor dem andern den Vorrang haben? quis potior oder prior est creditor? quis posterior?[l] β) welche Rechte hat der vorgehende, welche der nachfolgende Pfandgläubiger?

Anm. [1] Darüber vgl. Dernburg II. S. 407 fg.; [ferner zu dem ganzen §. Brinz 2. Aufl. II. §. 356.]

[2] So auch Windscheid §. 240. A. 8.; dagegen Dernburg II. S. 409. [und vgl. Windscheid 4. Aufl. a. a. O. A. 4.].

[3] Ueber gleichzeitige Pfandrechte vgl. a) L. 10. D. 20. 1. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem; dabitur enim possidenti haec exceptio: *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.* Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem (Hal. *dim. partem possessionis:* vielleicht *dimidiae partis possessionem?*) apprehendant singuli. (Mommsen in d. praef. seiner Ausg. d. Dig. [emend. et add.] pag. LXXXV. liest *dimidias partes possessionis*, und so auch Huschke zur Pand.-Kritik S. 15 fg.: *dimidias partis (= partes) poss.* mit Bezugnahme auf L. 1. §. 1. D. de Salv. interd. 43. 33.) b) L. 16. §. 8. eod. Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque, an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim; sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte

[f] arg. L. 10. 16. §. 8. cit. [g] arg. L. 1. 2. Cod. si unus ex plur. 8. 31 (32). L. 29. D. fam. erc. 10. 2. [h] L. 10. cit. §. 92. not. e. [i] arg. L. 16. §. 8. D. de pignor. 20. 1. [k] L. 14. D. qui pot. 20. 4. [l] Dig. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt. 20. 4. Cod. qui potiores in pignore habeantur. 8. 17 (18).

in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte. — Nach der letzten Stelle erklärt man Verpfändungen vom selben Tage schlechthin für gleichzeitige; Puchta §. 210. not. l., Windscheid §. 242. A. 1., wohl mit Rücksicht auf die Regel der L. 8. D. de feriis. 2. 12.; und ausdrücklich sagt auch Harmenopul. III. 5. §. 36. von diesem Fall: *αἱ ὧραι αἱ προλαμβάνουσαι καὶ ὑστερίζουσαι οὐ ποιοῦσί τινι αὐτῶν προτίμησιν.* Aber vernünftig ist es gewiß nicht, die Priorität innerhalb desselben Tages nicht zu beachten, wenn sie erwiesen ist, wozu freilich nicht genügt, wenn nur für eines der concurrirenden Pfandrechte auch die Stunde, für das andere bloß der Tag der Entstehung festgestellt ist. Dernburg II. S. 410 fg.

### 1) Bestimmung der Priorität.

## §. 384.

#### a) Nach dem Alter der Pfandrechte.

Regel ist: das ältere Pfandrecht geht dem jüngern vor[1], ohne Unterschied, ob Faustpfand oder Hypothek[a], ob durch generelle oder specielle Verpfändung entstanden[b]. Diese Regel aber ist so zu verstehen, daß es nicht wesentlich darauf ankommt, welches der mehreren Pfandrechte zuerst als gegenwärtiges unmittelbar wirksames bestanden hat, sondern darauf, ob die Entstehung des einen früher als die des andern in einer den Verpfänder bindenden Weise rechtlich begründet war[2]. Dabei kommt in Betracht:

1) Das Dasein eines Entstehungsgrundes des Pfandrechts Das gesetzliche Pfandrecht ist bedingt durch das Dasein der thatsächlichen Voraussetzungen, rücksichtlich der Forderung und des Gegenstandes, womit nach Rechtsvorschrift die Entstehung des Pfandrechts verbunden ist[3]; das richterliche Pfandrecht durch die Vollziehung des Actes, woran seine Entstehung geknüpft ist[4]. Ein vertragsmäßiges Pfandrecht kann nur von der Zeit des Pfandvertrags an beginnen, ein letztwillig gegebenes erst von dem Tode des Bestellers an, durch den die letztwillige Verfügung überhaupt wirksam wird (§. 575.). Ist die Verpfändung unter Bedingung geschehen, so wird nach deren Erfüllung, wenn diese nicht in des Verpfänders Willkür stand, der Anfang des Pfandrechts auf die Zeit der Verpfändung zurückbezogen[c]. Ist die Verpfändung erst hinterher durch Genehmigung wirksam geworden, so ist der Altersvorzug ebenfalls von der Zeit der genehmigten Verpfändung, nicht erst von der Zeit der Genehmigung an zu rechnen, jedoch unbeschadet der inzwischen durch den Genehmigenden eingeräumten Pfandrechte[d];

2) ein rechtlich begründetes Schuldverhältniß, für welches das

[a] L. 11. pr. L. 12. pr. §. 10. D. h. t. 20. 4. [b] L. 2. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. 8. 17 (18).
[c] arg. L. 9. §. 1. D. h. t. L. 3. D. quib. mod. pign. solv. 20. 6. (§. 71. N. 7.) cf. L. 12. §. 2. D. h. t.
[d] L. 16. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. §. 78.

Pfandrecht bestehe. Nur auf die Zeit der Begründung eines bindenden Schuldverhältnisses kommt es an, nicht auf die Zeit der Entstehung gegenwärtiger Verbindlichkeit zu bestimmten Leistungen, welche sich daraus ergeben[e]. Ist die Schuld bedingt, so wird nach Erfüllung der Bedingung, wenn diese nicht in das Belieben des Verpfänders gestellt ist, zurückgerechnet[f], und ebenso ist auch der Anfang des für eine künftige Forderung voraus bestellten Pfandrechts zurückzurechnen[g], wenn die wirkliche Entstehung der Forderung nicht der Willkür des Verpfänders überlassen ist[5]. Aber auch, wenn nur der Gläubiger gebunden war, das Geschäft einzugehen, woraus ihm die Forderung entsteht, muß dasselbe gelten[6];

3) das Vorhandensein eines dem Pfandrecht unterworfenen (pfandrechtlich gebundenen) bestimmten **Gegenstandes**. Ist die Beziehung der Verpfändung auf bestimmte Sachen noch bedingt durch eine willkürliche Handlung des Verpfänders, so ist das Alter des Pfandrechts erst von dieser letzten an zu rechnen[h]. In Folge der Verpfändung künftig zu erwerbender Sachen entsteht das Pfandrecht erst mit der wirklichen Erwerbung[i], und alle vordem an der Sache erworbenen Pfandrechte müssen als früher erworbene jenem vorgehen[7]. Aber unter denjenigen, welchen von demselben Verpfänder vor dem Erwerbe zu verschiedenen Zeiten ein Pfandrecht in solcher Weise gewährt worden ist, kann gleichwohl wieder der Vorzug der Zeit sich geltend machen[8].

Anm. [1] L. 3 (4). Cod. h. t. 8. 17 (18). Sicut prior es tempore, ita potior (es) iure. L. 2. in f. ibid. Nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet iure, qui praevenit tempore. — Vgl. überhaupt Hepp diss. inaug. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lipsiae 1825. (drbr. [M. S. Mayer in d.] Tübing. krit. Ztschr. II. S. 71 fg.) und dessen [Hepp's] Beiträge zur Lehre von der Datirung des Pfandrechts, im civ. Arch. X. 12. Regelsberger zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1859. (darüber Fitting in d. krit. Vjschr. I. S. 71 fg.). Windscheid Pand. §. 242..244. (2. u. 4. Aufl.).

[2] So im Wesentlichen übereinstimmend Regelsberger, Fitting und Windscheid a. a. O.; dagegen jedoch Sintenis I. §. 74. A. 1 fg., Dernburg I. S. 518.

[3] Ueber die zum Theil streitige Bestimmung des Anfangs für die einzelnen Fälle s. §. 373. Vangerow §. 375. 376. Seuffert §. 214. Windscheid §. 244.

[4] Vgl. §. 372. Bezüglich des pignus praetorium werden mehrere Gläubiger, die aus gleichem Grunde auf die Immission Anspruch haben, als gleichberechtigt angesehen, wenn sie auch nicht gleichzeitig ihre Theilnahme an derselben bewerkstelligt haben.

[e] L. 9. pr. D. h. t. 20. 4. L. 1. pr. eod. cf. L. 6. §. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [f] L. 9. §. 1. 2. L. 11. §. 1. D. h. t. (§. 71. A. 4. 7.). [g] L. 9. pr. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign. 20. 3. cf. L. 30. D. de reb. cred. 12. 1. [h] L. 11. §. 2. D. h. t. [i] L. 7. §. 1. D. h. t. cf. L. 21. pr. D. eod. L. 28. D. de iure fisci. 49. 14.

L. 5. §. 3. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 2. Cod. h. t. 8. 17 (18).: vgl. §. 227. Dernburg I. S. 409 fg.

5 [Uebereinstimmend Brinz 2. Aufl. II. S. 860. N. 4.] Die Beschränkung in den Sätzen des §. zu not. c. f. g. ist freilich von Mehreren bestritten: Trotsche in Linde's Ztschr. XVIII. S. 101 fg. Schmidt das. n. F. VIII. S. 381 fg. Wächter Württemberg. Privatrecht II. S. 702. 717. [Pand. I. S. 393 fg.], und wurde als principiell verkehrt auch von Windscheid im civ. Arch. XXXV. 3. angefochten, welcher jedoch, daß sie im R. R. wirklich anerkannt sei (L. 9. §. 1. L. 11. pr. D. h. t. L. 4. D. quae res pign.), nicht in Abrede stellte, und nur mit Bestimmtheit behaupten zu dürfen glaubte, daß die Verpfändung für eine versprochene Conventionalstrafe auch nach dieser Auffassung der Quellen dennoch als eine den Willen bindende zu betrachten, also der Altersrang des daraus hervorgehenden Pfandrechts nach der Zeit ihrer Vornahme zu bestimmen sei. Dann aber ist Windscheid Pand. §. 89. A. 15. §. 242. A. 5., in Uebereinstimmung mit Regelsberger a. a. O. S. 55 fg., dem unbedingten Widerspruch gegen jene Beschränkung bezüglich der Bedingungen beigetreten, indem L. 9. §. 1. nur von einer auf das nackte Wollen des Schuldners gestellten Bedingung verstanden wird (vgl. oben §. 71. A. 7.), und nur bei der Verpfändung für eine künftige (nicht eine bedingte) Forderung, wobei der Verpfänder noch gar nicht gebunden ist, soll die Regel gelten, daß der Altersvorzug erst von der Entstehung der Forderung an zu rechnen sei. Dernburg hingegen I. §. 69..71. führt aus, daß ein Pfandrecht überhaupt schon vor der Forderung, also auch für eine bedingte oder künftige Forderung bestehen könne, somit von selbst das Alter des Pfandrechts durch die Zeit der Verpfändung bestimmt werde, wenn nur die Absicht des Verpfänders auf ein sofort bestehendes, nicht auf ein künftiges Pfandrecht gerichtet sei. Vgl. auch schon Fitting Begriff der Rückziehung S. 40 fg., und in d. kr. Vjschr. I. S. 80 fg., dagegen aber Scheurl in der krit. Ueberschau V. S. 31. Regelsberger S. 19. Scheurl in d. krit. Vjschr. II. S. 497 fg. und Windscheid Pand. §. 225. A. 6. 7. §. 242. A. 5..8., der letzte jedoch nur in der Auffassung, nicht im Resultat von Dernburg abweichend.

6 „Denn es würde ja die schreiendste Unbilligkeit sein, wenn der künftige Schuldner, welcher den Gläubiger in jedem Augenblicke zwingen kann, sein Wort zu halten, von seiner Seite zum Nachtheil des Gläubigers die verpfändete Sache veräußern oder weiter verpfänden könnte.“ Vangerow §. 372. A. 3. [S. 838.] vgl. [Cropp in] Heise und Cropp Abh. II. 15. Eine Stütze für diesen Satz bietet L. 1. pr. D. h. t. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit; subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit; mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractae obligationis: nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur. Vgl. §. 1. ibid. Alia causa est eius, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra diem certum numerasset, ac forte prius, quam numeraret, alii res pignori data est. Indessen ist die Erklärung dieser Stelle und so auch der obige Satz sehr streitig (Vangerow a. a. O.). So verwirft ihn z. B., in besonderer Beziehung auf ein heutiges pactum de mutuo dando (§. 280. not. c.), Puchta Vorles. §. 210. „weil dabei die entscheidende Frage, für welche Schuld das Pfandrecht gegeben wurde, ganz hintangesetzt ist“. Allein mit Recht wird dies gerügt von Rudorff in A. 2.

das.; consequent müßte dann auch im Fall der L. 1. pr. cit. anders entschieden werden; denn das Versprechen der Dos und das Versprechen ihrer Restitution an den Besteller sind zwei getrennte Verbalcontracte, und die Entstehung der Verbindlichkeit aus dem letzten kann der Mann durch Nichtannahme der Dos ebensowohl verhindern, als die Entstehung der Verbindlichkeit aus der vorausgehenden Stipulation der Rückzahlung eines Darlehens durch Nichtannahme des Darlehens verhindert werden kann (L. 30. D. de reb. cred. 12. 1.). Auch Windscheid im civ. Arch. a. a. O. S. 69 fg. findet diese Ausnahme von der Beschränkung der A. 5., wenn man diese einmal gelten lasse, nicht begründet und L. 1. pr. cit. dafür nicht beweisend, indem er deren Entscheidung (nicht befriedigend) daraus erklärt, daß das Versprechen der Dos schon wirkliche Bestellung derselben sei. Darin, daß so Viele diese Ausnahme vertheidigen, erkennt er eine Manifestation eines richtigen Rechtsgefühls, welches consequent zur Verwerfung der fraglichen Beschränkung überhaupt in allen Fällen, wo der Wille des Verpfänders auch nur eventuell gebunden sei, führen sollte. Im Resultat aber stimmen jetzt auch überein Regelsberger S. 39 fg. Dernburg I. S. 581 fg. Windscheid Pand. §. 242. A. 8. Vgl. Seuffert's Arch. XIII. 113. 132. 238. vgl. Windscheid 4. Aufl. a. a. O. — Uebrigens kann durch ein pactum de mutuo contrahendo heutzutage auch der künftige Darlehensempfänger obligirt werden, und da ist denn die Rückdatirung des Pfandrechts eben so gerechtfertigt, als bei dem Pfandrecht für Restitution einer gemietheten Sache, zu welcher die Verbindlichkeit auch erst durch die Uebernahme derselben entsteht, der sich doch der Miether durch Leistung des Interesse entziehen könnte. Im Allgemeinen ist bei dieser Frage zu beachten, daß nach der Formel der Pfandklage (§. 378. A. 1.) die Existenz der Forderung zur Zeit der Verpfändung nicht ausdrücklich vorausgesetzt wurde. Wenn nun gleichwohl darauf Rücksicht genommen wurde, so geschah dieses aus innern Gründen in Erwägung des Zwecks der Verpfändung, aber eben deßwegen auch nicht aus bloßer Consequenz des Begriffes, sondern nur, soweit es praktisch wirklich angemessen war.

7 Dieser Satz ist unbestreitbar; es wäre aller ratio iuris zuwider, wenn ein von dem jetzigen Eigenthümer gegebenes, also sofort vollkommen begründetes Pfandrecht zurückstehen sollte gegen dasjenige, welches von einem andern nur eventuell für den Fall der künftigen Erwerbung eingeräumt und also durch diese Erwerbung, die das Eigenthum nur mit dem darauf schon haftenden Pfandrecht (manente causa pignoris) in das Vermögen jenes andern Verpfänders bringen konnte, erst wirklich geworden ist; arg. L. 18. §. 2. D. de pign. act. 13. 7.

8 Dieser Satz ist freilich nichts weniger als unbestritten. Da in Folge der dem Erwerbe der Sache vorausgegangenen Verpfändung ein Pfandrecht an der Sache erst durch den nachfolgenden Erwerb entsteht, so möchte es consequent erscheinen, daß in Folge verschiedener solcher Verpfändungen alle, als gleichzeitig durch die Erwerbung entstandene, Pfandrechte den gleichen Altersrang einnehmen. Diese Consequenz scheint anerkannt zu sein in L. 7. §. 1. D. h. t. 20. 4. Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat. Damit hat man auch leidlich zu vereinigen gewußt L. 21. pr. eod.: Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae

partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda: wobei man hervorhebt, daß der Verfasser dieser Stelle (Scävola) noch kein gesetzliches allgemeines Pfandrecht des Fiscus vorausgesetzt und damals auch noch nicht die Verpfändung des ganzen (gegenwärtigen) Vermögens von selbst sich auf die künftigen Erwerbungen miterstreckt habe. L. 9. Cod. quae res pign. 8. 16 (17). Vangerow §. 369. A. 1. Puchta Vorles. 4. Aufl. I. Beil. XIX. S. 498 fg. — Allein a) eine Ausnahme von obigem Satze macht man bei der Verpfändung der Erzeugnisse einer Sache, als künftiger Sachen, wenn nur der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung die rechtlich begründete Hoffnung auf deren Erwerb hatte; arg. L. 11. §. 3. D. h. t. 20. 4. cf. L. 8. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. Puchta §. 210. not. f. Sintenis Pfandr. S. 398 fg. Civilrecht §. 74. A. 13.; dagegen Gesterding Pfdr. 2. Aufl. S. 86 fg. Huschke in Linde's Ztschr. XX. S. 205. 260 fg. b) Ebenso bei Verpfändung einer *res debita* (§. 371. not. n.); indem man hier zunächst ein Pfandrecht an der Forderung annimmt, das mit dem Erwerb in ein Pfandrecht an der Sache übergehe. Sintenis S. 86 fg. 188 fg. [385 fg.] Civilrecht §. 74. A. 12. Seuffert §. 214. A. 3. Schmid Cession I. S. 124 fg. vgl. Puchta Vorl. I. S. 439 fg. und Beil. XIX.; dagegen Vangerow §. 372. A. 2. b. Huschke S. 207. c) Bei der Convalescenz der Verpfändung einer fremden Sache (§. 371. A. 1.) läßt man unter Mehreren, denen von demselben dieselbe Sache verpfändet wurde, den Vorzug nach der Zeit der Verpfändung gelten, arg. L. 9. §. 3. D. h. t. cf. L. 14. eod., Vangerow §. 372. A. 2. c.; dagegen Puchta §. 210. not. i., welcher jedoch dem früheren gegen den späteren Publiciana actio gibt, Vorles. §. 210. a. E. Seuffert §. 214. A. 6. d) Manche schließen den fraglichen Satz aus bei gesetzlichen Generalhypotheken, arg. L. 21. pr. cit. L. 28. D. de iure fisci 49. 14.; Huschke a. a. O. S. 202 fg.; oder wenigstens bei der des Fiscus, Bachofen S. 260 fg.; dagegen Vangerow §. 369. A. 1. e) Von vielen wird die Gleichstellung der concurrirenden Pfandrechte in dem fraglichen Falle ganz verworfen, und der Satz des Textes allgemein bejaht, insbesondere bei allgemeinen Pfandrechten durchweg die Rangordnung nach der Zeit der Verpfändung behauptet. Mühlenbruch II. §. 312. [A. 8..12.] Wening I. §. 164. [(§. 128.) A. k.] und Fritz Erläutr. dazu II. Heft. S. 414 fg. u. a. Diese Ansicht, schon von Azo vertheidigt, aber in der Glosse mißbilligt, gleichwohl lange Zeit die herrschende, ist noch neuerdings wieder vertheidigt von Schmidt in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 13. Wenn dieselbe einerseits L. 7. §. 1. D. h. t. nicht ohne einigen Zwang von dem Falle gleichzeitiger Verpfändung verstehen muß, so steht ihr andererseits eine ungezwungene Erklärung der L. 21. pr. eod. zur Seite; sie wird auch unterstützt durch den Ausspruch der L. 14. eod., daß Verpfändungen durch denselben Nichteigenthümer nach der Zeitfolge sich ordnen, und ist praktisch entschieden die angemessenste, während die neuere Lehre unerträgliche Schwierigkeiten und Unbilligkeiten herbeizuführen geeignet ist, mit welchen „sich die Praxis . . . wohl schwerlich jemals aussöhnen" wird. Trotsche in Linde's Ztschr. XVIII. S. 117. Bei solcher Lage der Sache möchte es räthlicher gewesen sein, es bei der bisherigen Praxis bewenden zu lassen. Uebereinstimmend damit äußert sich Brinz 1. Aufl. S. 299..301. 342., und während Vangerow noch in der 7. Aufl. a. a. O. es erfreulich nennt, daß die seiner

Meinung nach richtige, obwohl längere Zeit fast ganz verdrängte Ansicht, immer mehr Anerkennung finde, gibt sich neuestens vielmehr von vielen Seiten wieder eine Billigung der Praxis zu erkennen. Regelsberger a. a. O. S. 68 fg. Fitting a. a. O. S. 87 fg. Dernburg I. S. 246 fg. Windscheid Pand. §. 242. A. 10. Seuffert's Arch. XI. 19. Windscheid 4. Aufl. a. a. O. führt als „ein nicht leicht zu beseitigendes" Zeugniß für die Richtigkeit dieser Ansicht an L. 7. Cod. h. t. L. 6. §. 9. (2). Cod. de sec. nupt. 5. 9., während er in L. 21. pr. und L. 3. §. 1. D. h. t. kein entscheidendes Argument dafür findet; über die letzte Stelle vgl. auch Huschke z. Pandektenkritik S. 22 fg. — [Vgl. jetzt Brinz 2. Aufl. II. S. 861. N. 6.]

b) Besondere Vorzugsrechte.

## §. 385.

### α) Privilegirte Pfandrechte.

Manchen Pfandrechten ist durch singulären Rechtsatz der Vorzug vor andern ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung beigelegt; sie heißen deshalb privilegirte Pfandrechte, während man die nicht bevorzugten einfache Pfandrechte nennt[1]. Privilegirt ist 1) das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Steuern[a], sodann auch wegen Contractsforderungen, aber hier nur bezüglich der nach dem Contract erworbenen Güter[b]; 2) das Pfandrecht der Ehefrau wegen ihrer Dos[c], mit der nähern Bestimmung, daß ihre Erben nur, wenn sie ihre Kinder sind, desselben Vorzugs genießen[d]; 3) das Pfandrecht für eine Forderung, welche für Erhaltung, Wiederherstellung oder Anschaffung der verpfändeten Sache contrahirt worden, soweit die Verwendung zu diesem Zweck wirklich stattgefunden hat[e], sog. privilegium wegen *in rem versio*[2].

Treffen mehrere privilegirte Pfandrechte zusammen, so entscheidet unter ihnen wieder der Vorzug der Zeit. Jedoch hat das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Steuern schlechthin den Vorzug vor den übrigen[f], und unter mehreren nach Nr. 3. privilegirten Pfandrechten an derselben Sache bestimmt sich der Vorzug nach dem Antheil, welchen jeder Pfandgläubiger an der Erhaltung und dem jetzigen Bestande der Sache hat[g], so daß darnach gewöhnlich das jüngere dem ältern vorgehen wird[3].

Das Vorzugsrecht der privilegirten Pfandrechte erstreckt seine Kraft nicht so weit, daß dadurch auch die von einem frühern Eigenthümer herrührenden Pfandrechte beeinträchtigt werden könnten[4].

[a] L. 1. Cod. si propt. publ. pensit. 4. 46. [b] L. 28. D. de iure fisci. 49. 14. cf. L. 3. Cod. de primipilo. 12. 62 (63). [c] L. 12. §. 4..7. (1.) Cod. h. t. 8. 17 (18). Nov. 97. cap. 2..4. [d] Nov. 91. praef. cap. 1. [e] L. 3. §. 1. L. 5. 6. 7. pr. L. 21. §. 1. D. h. t. 20. 4. L. 7. Cod. eod. 8. 17 (18). Nov. 97. cap. 3. 4. [f] not. a. [g] arg. L. 5. 7. pr. D. h. t. 20. 4.

Anm. [1] Vgl. Zimmern geschichtliche Uebersicht der Pfandprivilegien, in dessen und Neustetel's römischrtl. Unters. Abh. Nr. 11. Dernburg II. §. 152 .. 156. S. 427. bis 461. — Ueber unerquickliche Streitfragen bezüglich der einzelnen Pfandprivilegien, die man selbst gern aufopfern möchte, um sich jener zu entledigen, siehe die Lit. bei Vangerow §. 386. A. 1. Windscheid §. 246.

[2] Dieses Vorzugsrecht beruht auf einem guten Grunde: „huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam" (L. 6. pr. D. h. t.). Unbedenklich ist dasselbe dem Verkäufer, der sich für den creditirten Kaufpreis ein Pfandrecht an dem Kaufgegenstande vorbehält, gegenüber andern Gläubigern des Käufers ebensowohl einzuräumen, als nach L. 7. D. u. L. 7. Cod. h. t. dem Darleiher des Kaufpreises. Dernburg II. S. 431. Das Pfandrecht, dem dieser Vorzug zukommt, kann ein gesetzliches sein (§. 373. A. 8. a.), oder ein vertragsmäßiges.

[3] Puchta §. 211. not. f. Dernburg a. a. O. S. 432 fg. Windscheid §. 246. A. 10. Gewöhnlich wird dem Dotalpfandrecht schlechthin der Vorzug vor dem wegen in rem versio gegeben. Windscheid §. 246. A. 8. Dernburg II. S. 453 fg. Aber Nov. 97. cap. 3. entscheidet nur, daß das Privilegium wegen versio in rem nicht gegen die ältere Hypothek der Ehefrau für die Dos wirken solle, jedoch nach cap. 4. ibid. mit Ausnahme eines nicht mehr praktischen Falles, das Darlehen zum Ankauf einer Militia betreffend. Vangerow §. 386. A. 2. Puchta §. 211. not. h.

[4] Diese Beschränkung der Pfandprivilegien war früher in der Praxis allgemein anerkannt; man gab denjenigen, welche ihr Pfandrecht von einem frühern Eigenthümer ableiteten, ein Separationsrecht ex iure hypothecario gegenüber den Gläubigern des spätern Erwerbers, und nannte sie Pfandseparatisten. Leider ist aber diese der Billigkeit entsprechende Praxis alterirt worden durch Thibaut civ. Abh. Nr. 13., dem die Theoretiker fast alle beitraten: vgl. Spangenberg im civ. Arch. X. 19. Sie ist jedoch wieder vertheidigt worden von Hepp in Linde's Ztschr. IV. 3. (wogegen Thibaut im civ. Arch. XIV. 10.) und vorzüglich von Wächter im civ. Arch. XIV. 15. der nur darin zu weit gehen möchte, daß er auch dem Pfandrecht für Erhaltung oder Herstellung der Sache den Vorzug abspricht. Vgl. Brinz 1. Aufl. S. 345. Sintenis §. 80. A. 30. Andere nehmen noch jetzt die entgegengesetzte Regel an, nur mit der jedenfalls unerläßlichen Ausnahme, daß das Pfandprivilegium wegen Anschaffung der Sache gegen die Pfandrechte aus der Zeit des frühern Eigenthümers zurückstehe. Vangerow §. 385. Keller §. 207. Seuffert §. 215. Vgl. dagegen Windscheid §. 246. A. 11. 12. Dernburg II. §. 156. S. 457 fg. Seuffert's Arch. VIII. 114. — Streitig ist noch insbesondere, ob das vom bisherigen Eigenthümer vorbehaltene Pfandrecht vor den vom Erwerber eingeräumten den Vorzug habe? was auch im Verhältniß zu nichtprivilegirten Pfandrechten von Wichtigkeit wäre. Manche läugnen es, weil sie einen solchen Vorbehalt im eigentlichen Sinne, so daß das Eigenthum nur mit dem Pfandrecht bestrickt auf den neuen Erwerber überginge, überhaupt für unmöglich halten; Büchel Erörter. I. 2. S. 73 fg. Vangerow §. 385. a. E. arg. L. 1. §. 4. L. 2. D. de reb. eor. 27. 9.; aber ohne genügenden Grund und gegen die innere Natur der Sache. Lang im civ. Arch. XXVIII. S. 382 fg. vgl. Bachofen ausgewählte Lehren S. 143. Doch erklären sich neuerdings dagegen Dernburg I. S. 278 fg. Windscheid §. 230. A. 11. Vgl. oben §. 371. A. 2.

## §. 386.

### β) Vorzug der öffentlichen Pfandrechte.

**Ein Pfandrecht, dessen Entstehung durch eine öffentliche oder eine von drei achtbaren und unbescholtenen Zeugen unterschriebene Urkunde dargethan wird, d. i. ein sogenanntes pignus *publicum* oder *quasi publicum*, soll vor andern mit geringerer Glaubwürdigkeit versehenen Pfandrechten ohne Rücksicht auf sonstige Prioritätsgründe den Vorzug haben.**

Anm. Dieser Vorzug beruht auf einer Constitution von Leo, L. 11. Cod. qui pot. 8. 17 (18). Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graece appellantur, sive tota series eorum (earum) manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. §. 1. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi (decernimus), etiamsi posterior dies his (*dies* om. *is*) contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Der Keim eines guten legislativen Gedankens, der in diesem Gesetz liegt, ist in eine Saat von Controversen aufgegangen. Streitig ist: a) ob das Gesetz nur den Beweis des Datums der Pfandrechte durch Privaturkunden beschränke? Vangerow §. 387. A. 1. Glück XVIII. S. 292.; oder vielmehr ein wirkliches Vorzugsrecht öffentlicher Pfandrechte begründe? was die herrschende Meinung ist; sodann b) ob dasselbe auch dem nichtprivilegirten öffentlichen Pfandrechte vor dem privilegirten Privatpfandrecht den Vorzug gebe? Puchta §. 212.; oder nur bei der Collision von einfachen oder gleichprivilegirten Pfandrechten zur Anwendung komme? Thibaut civ. Abh. S. 124 fg. Seuffert §. 218.; c) ob das Gesetz sich nur auf die Collision vertragsmäßiger Pfandrechte unter einander beziehe? Puchta Vorles. §. 212. Mühlenbruch §. 306. A. 3.; und insbesondere nur solcher, deren Bestellung schriftlich geschehen? Seuffert §. 213. a. A. oder ob der Vorzug des pignus publicum auch bei der Collision mit andern, namentlich mit gesetzlichen Pfandrechten, stattfinde? Löhr im civ. Arch. VI. 6. XII. 9.; dagegen Francke Beitr. Nr. 5. Vgl. überhaupt noch Keller Pand. §. 206. Sintenis §. 80. A. 23..25. Windscheid §. 245. Dernburg II. §. 151. S. 417..427.

## §. 387.

### 2) Recht des vorgehenden Pfandgläubigers.

**Der vorgehende Pfandgläubiger kann das Pfandrecht seinem ganzen Inhalt nach ungehindert ausüben; er kann die Pfandklage wie gegen jeden andern, so auch gegen alle nachstehenden Pfandgläubiger mit Erfolg**

anstellen und deren Pfandklage durch die Einrede des bessern Pfandrechts ausschließen[a]. Er kann auch den Verkauf des Pfandes seinem Interesse gemäß, ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Gläubiger, mit vollem Erfolg vornehmen oder veranlassen[b], und dadurch selbst die Aufhebung der übrigen Pfandrechte an der Sache herbeiführen[c]. Dieses Recht der Priorität geht durch Uebertragung des Pfandrechts (§. 374.) auch auf denjenigen über, der in die Stelle des ersten Pfandgläubigers einrückt.

Anm. Hat ein Pfandgläubiger einem andern gegenüber durch rechtskräftiges Urtheil die Priorität erstritten, so bewirkt dies in seinem Verhältniß zu einem dritten Pfandgläubiger keine Aenderung. L. 16. D. qui pot. 20. 4. Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Quum Eutychiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium iudicem victus appellaverat; quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem (Hal. *primam conditione expulerat*), an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone, primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem, et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra: si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium (Vulg. *a tertio*, vielleicht *adversus tertium*, Huschke, [z. Pand.-Kritik S. 27.] versetzt *contra* vor tertium) obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur. Ohne Grund wollen Manche diese Stelle bloß von dem Falle verstehen, wenn der Dritte als Verklagter ein obsiegliches Urtheil erhalten hat, das als bloß absolvirend ihn nicht befuge, die Sache von dem Ersten abzuholen; für den Fall, daß er als Kläger gesiegt habe, behaupten sie, müsse er in des Ersten Stelle einrücken. Vangerow §. 377. A. 2. Auch im ersten Falle, wenn der Dritte als Beklagter seine Priorität behauptete, würde ja über diese res iudicata gegeben sein, derselbe könnte also allerdings auch in diesem Falle die Sache von dem Ersten abholen, indem er dessen Einrede der Priorität durch replicatio rei iudicatae beseitigt; arg. L. 19. D. de except. rei iud. 44. 2. Mit Unrecht behauptet Pfeiffer im civ. Arch. XXXVIII. S. 350 fg., der Dritte sei auch in dem Falle, wenn er als Kläger gesiegt habe, nicht in der Lage, den wiederverlorenen Besitz von dem Ersten wieder zu erlangen. — Wie nun der „circulus inextricabilis“, der hieraus entsteht, beseitigt werden könne, darüber sind die Meinungen wieder sehr verschieden. Bachofen S. 517 fg. Brinz 1. Aufl. S. 347 fg. Windscheid

[a] L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4. [b] L. 8. Cod. qui pot. 8. 17 (18). L. 1. Cod. cred. evict. 8. 45 (46). L. 3. Cod. si antiquior. 8. 19 (20). [c] L. 1. Cod. eod. 8. 19 (20).

§. 247. Dernburg II. S. 462 fg. Vgl. auch Schletter's Jahrb. V. S. 19. [Nr. 13.] [Voß der unlösliche Kreislauf in L. 16. D. qui pot. 20. 4. und die act. ut. comm. div. in d. dogm. Jahrb. XVI. 4.]

## §. 388.

### 3) Recht des nachstehenden Pfandgläubigers.

Der nachstehende Pfandgläubiger hat nicht bloß ein bedingtes, sondern ein gegenwärtiges Recht[1], das er dritten Personen gegenüber jederzeit geltend machen kann[a]. Aber gegen den vorgehenden Pfandgläubiger ist sein Recht an der Sache unwirksam[b]; es wird erst vollkommen wirksam, wenn dieser abgefunden ist[c]. Er kann nicht mit Erfolg gegen diesen, wohl aber dieser gegen ihn die Pfandklage anstellen[d]. Er ist einstweilen auch nicht befugt[2], die Sache zu verkaufen[e]; dem Käufer könnte die Sache durch den vorhergehenden Pfandgläubiger mit der Pfandklage wieder entzogen[f], und jener dafür haftbar werden[g]; ja, er könnte wegen des Verkaufes nach Umständen selbst als Entwender oder als ein solcher, qui dolo malo possidere desiit, vom bessern Pfandgläubiger in Anspruch genommen werden[h].

Allein er ist 1) berechtigt, wenn der vorgehende Pfandgläubiger die Sache zum Verkaufe bringt, Herausgabe der nach Bezahlung der Pfandforderung desselben erübrigenden Summe des Kaufpreises (*hyperocha*) zu verlangen[i]. Er kann 2) nicht nur als Beklagter, wie jeder Besitzer, die Pfandklage des vorhergehenden Gläubigers durch Anerbieten der Zahlung von sich abwenden[k], sondern auch sonst den vorhergehenden Pfandgläubiger durch vollständige Zahlung seiner Pfandforderung[l], nöthigenfalls durch Deposition der Zahlung[m], ohne Rücksicht auf solche Forderungen, wegen deren derselbe bloß ein Retentionsrecht hat[n], abfinden und dadurch ohneweiteres in dessen Forderung und Pfandrecht gleichwie durch Cession eintreten, in locum eius succedere[o], um dann nach seinem Interesse den Verkauf vorzunehmen oder zu verschieben[p]. Darin besteht das *ius offerendi* des nachstehenden Pfandgläubigers[3]. Der dritte, vierte Gläubiger u. s. w. kann dieses Recht gegen alle vorgehenden ausüben und dadurch sein ursprüngliches Pfandrecht der Collision

[a] L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. 20. 4. [b] L. 12. §. 7. eod. [c] L. 1. Cod. qui pot. 8. 17 (18). L. 9. §. 3. D. eod. 20. 4. [d] L. 12. pr. cit. [e] L. 8. Cod. qui pot. 8. 17 (18). [f] L. 1. D. de distract. pign. 20. 5. cf. L. 34. §. 2. L. 35. D. de evictlon. 21. 2. [g] L. 1. Cod. cred. evict. 8. 45 (46). [h] L. 1. D. cit. cf. L. 16. §. 3. D. de pignor. 20. 1. [i] L. 12. §. 5. in f. D. qui pot. 20. 4. cf. L. 96. §. 3. D. de solut. 46. 3. [k] §. 378. not. k. l. cf. L. 11. §. 4. D. qui pot. [l] L. 20. D. eod. L. 5. Cod. eod. [m] L. 1. Cod. eod. [n] L. 1. §. 3. (L. 1. in f.) Cod. etiam ob chirograph. 8. 26 (27). (§. 377.) [o] L. 12. §. 6. 9. L. 16. D. h. t. 20. 4. L. 22. Cod. de pign. 8. 13 (14). L. 4. Cod. de his qui in prior. 8. 18 (19). [p] L. 5. pr. D. de distr. pign. 20. 5. L. 8. Cod. eod. 8. 27 (28).

mit jenen entziehen[q]. Es findet auch noch statt gegen den Pfandgläubiger oder Bürgen, welchem der Pfandschuld wegen das Pfand kaufweise oder an Zahlungsstatt überlassen ist[r], nicht auch sonst gegen denjenigen, welchem durch rechtmäßigen Verkauf des vorgehenden Pfandgläubigers die Sache zugekommen ist[s]. 3) Der nachstehende Pfandgläubiger, dem eine Sache speciell verpfändet ist, kann der auf eine generelle Verpfändung gegründeten Pfandklage des vorgehenden Gläubigers die sog. exceptio *excussionis realis*[4] entgegensetzen[t].

Anm. [1] Gegen die abweichende, hauptsächlich durch L. 9. §. 3. D. qui pot. 20. 4. veranlaßte, Ansicht von Gesterding Pfandr. S. 107 fg. 244 fg. vgl. Bachofen S. 485 fg. Windscheid §. 241. A. 3. — Wenn auch in früherer Zeit die Anschauung, daß das Recht des Nachhypothekars nur ein bedingtes sei, vorgewaltet haben mag, so war diese doch jedenfalls schon zur Zeit der späteren classischen Juristen verdrängt. Dernburg II. §. 159. vgl. Vangerow I. §. 388.

[2] Besonderes gilt, wenn eine bereits verpfändete Sache iudicati causa zu Pfand genommen ist. L. 15. §. 5. D. de re iud. 42. 1. — Daß auch der nachstehende Pfandgläubiger regelmäßig die Verkaufsbefugniß habe, wird behauptet von Bopp in Linde's Ztschr. III. 12., im civ. Arch. XV. S. 350 fg. (dagegen Löhr im civ. Arch. XIV. 7. Sintenis Pfandr. S. 658 fg.); in anderer Art von Bachofen S. 487 fg. (dagegen Keller in d. krit. Jahrb. XI. S. 1010.), ebenso von Windscheid §. 241. A. 5. Vangerow §. 388.; dagegen aber entschieden Dernburg II. §. 160.

[3] Ueber das ius offerendi überhaupt vgl. Dernburg II. §. 165. 166. Schmid Cession I. S. 305 fg. [Voß z. L. vom ius offerendi in d. dogm. Jahrb. XV. 8. Willms in Bödiker's Mag. f. d. deutsche R. d. Gegenw. I. S. 315 fg. („Ueb. d. heut. Geltung des ius off. unter d. Pfandgläubigern".)] — Streitig ist, ob auch der vorgehende Pfandgläubiger gegen den nachstehenden das ius offerendi habe? arg. Pauli sentt. II. 13. §. 8. Novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit. Dagegen mit Zimmern in Linde's Ztschr. I. S. 53. 54. Bachofen S. 505 fg. u. A., neuerdings Windscheid §. 233. b. A. 14.; dafür sehr entschieden Schmid a. a. O. S. 311 fg. Vangerow §. 377. A. 1., [Aug. Thon d. ius offer. des besseren Pfandgläubigers (Heidbg. 1868.) und Rechtsnorm (1878) S. 389. Brinz 2. Aufl. II. S. 864. N. 26.] weniger entschieden Dernburg II. S. 529 fg. [Windscheid in den spätern Auflagen a. a. O.]

[4] Vgl. oben §. 378. A. 6. — Keineswegs aber ist der Nachpfandgläubiger auch sonst berechtigt, den vorgehenden Pfandgläubiger an andere demselben ebenfalls verpfändete Sachen zu verweisen, wenn auch einer offenbaren Chicane nicht Raum zu geben ist. Anders gestaltet sich das Verhältniß im Concursverfahren. Darüber vgl. Huyet im civ. Arch. XVIII. 14. de Fontenay das. XXXVII. 6. Simon das. XLI. 12. Brackenhoeft das. XLIII. 11. Vangerow §. 389. A. 2. Windscheid §. 241. A. 1. Dernburg II. S. 486 fg. Luden im civ. Arch. LIII. 1. Fontenay das. Nr. 12.

[q] arg. L. 16. D. qui pot. 20. 4. L. 5. §. 1. D. de distr. pign. 20. 5. [r] L. 2. D. l. c. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 19 (20). [s] [L. 1. cit.] L. 5. pr. D. l. c. [t] L. 2. Cod. de pignor. 8. 13 (14).

## IV. Endigung des Pfandrechts[a].

### A. Aus Gründen allgemeiner Art.

### §. 389.

Das Pfandrecht muß 1) als dingliches Recht aus denjenigen Gründen erlöschen, welche überhaupt den Verlust dinglicher Rechte bewirken[b], daher namentlich auch durch den Untergang der Pfandsache[1]; es muß 2) als Recht an einer fremden Sache aufhören durch Confusio, d. i. dadurch, daß sich Pfandrecht und Eigenthum der verpfändeten Sache in einer Person vereinigen[c]. Nach der Natur der Sache versteht sich von selbst, daß eine Sache, die dem Gläubiger selbst gehört, diesem nicht den Zweck des Pfandrechts erfüllen kann. Insofern jedoch das Pfandrecht im Verhältniß zu andern nachstehenden Pfandgläubigern Vortheile gewährt, welche das Eigenthum nicht gibt, ist es vollkommen angemessen, dem bisherigen Pfandgläubiger diese auch nach dem Eigenthumserwerbe noch zu erhalten[d], und so das unbillige Ergebniß abzuwenden, daß er, ohne für seine Forderung befriedigt zu sein, durch den Eigenthumserwerb des Vorzugs vor andern Pfandgläubigern und in Folge davon wieder des erworbenen Eigenthums verlustig werde[2].

Anm. [1] Fortdauer des Pfandrechts an der theilweise zerstörten Sache: L. 21. D. de pign. act. 13. 7. L. 29. §. 2. L. 35. D. de pign. 20. 1.; an einer nur umgestalteten unbeweglichen Sache: L. 16. §. 2. D. de pign. 20. 1. [M. Scherer Ergreift das Pfandrecht die Versicherungssumme? in d. dogm. Jahrb. XX. 2. S. 80 fg. Vf. verneint die Frage de lege lata (weil der Schuldner zur Versicherung nicht verpflichtet war), bejaht sie aber de l. ferenda.] — Wie im Fall einer Specification? L. 18. §. 3. D. 13. 7. Fitting im civ. Arch. XLVIII. S. 331. Bremer Pfandrecht S. 165 fg. Dernburg II. S. 560 fg. Windscheid §. 248. A. 10. — Endigung des Pfandrechts durch Endigung des verpfändeten Rechts an einer fremden Sache? L. 8. pr. D. 20. 6. Bremer S. 152 fg. 167 fg. 185 fg. Windscheid a. a. O. A. 11. — Desgl. des Pfandrechts an einer Forderung durch Erlöschung derselben? Bremer S. 155 fg. 168. Windscheid A. 12.

[2] In dem Fall der not. d. fordert die Billigkeit 1) daß dem Eigenthümer gegen die hypothecaria actio der nachstehenden Pfandgläubiger eine Einrede gegeben werde, gegründet auf das ihm zugestandene bessere Pfandrecht, nach L. 12. pr. D. qui pot. 20. 4.; 2) daß ihm gegen diese auch, wenn sie im Besitze sind, eine wirksame Klage zukomme. Dazu könnte die rei vindicatio dienen mit doli replicatio gegen die Einrede des Pfandrechts. Allein die Formel der hypothecaria actio war so beschaffen,

[a] Dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur. 20. 6. [b] §. 127. 128. cf. α) L. 8. pr. D. h. t. L. 18. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 1. Cod. si pign. pignori. 8. 23 (24). β) L. 3. D. h. t. [c] L. 20. §. 3. L. 29. D. de pign. act. 13. 7. L. 30. in f. D. de except. rei iud. 44. 2. cf. L. 33. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 45. D. de R. J. cf. §. 194. not. c. [d] L. 30. §. 1. D. 44. 2. cf. L. 1. Cod. si antiquior. 8. 19 (20). §. 374. not. e. h.

daß auch diese noch buchstäblich paßte, und so erklärte man zu jenem Zweck diese noch für zulässig, trotzdem, daß das Pfandrecht durch Confusio erloschen sei. Dies sagt die L. 30. §. 1. D. de except. rei iud. 44. 2. (Paul. lib. 14. quaest.) Latinus Largus: Cum de hereditate inter Maevium, ad quem pertinebat, et Titium, qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditariarum Maevio heredi a Titio facta est. In qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo eiusdem Maevii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor ius suum persecutus est et obtinuit; post hoc iudicium Maevius heres reperit in rebus avitis chirographum eiusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum. Quum ergo constet, prius avo Maevii heredis in obligationem eundem fundum datum, de quo Maevius superatus est, quaero, an ius avi sui, quod tunc, quum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit? Respondi: Si de proprietate fundi litigatur (litigatum) et secundum actorem pronuntiatum fuisset (Flor. *fuisse*), diceremus, petenti ei, qui in priore iudicio victus est, obstaturam rei iudicatae exceptionem, quoniam de eius quoque iure quaesitum videtur, quum actor petitionem implet. Quodsi possessor absolutus amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obesset ei exceptio; nihil enim in suo (*illo*?) iudicio de iure eius statutum videretur. Quum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de iure possessoris non sit quaesitum, quia non, ut in proprietatis quaestione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probavit sibi teneri; et probabilius dicitur, non obstare exceptionem, quoniam de iure possessoris quaesitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quaestione magis me illud movet, numquid pignoris ius extinctum sit dominio adquisito? neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore. Actio tamen pignoratitia competit; verum est enim, et pignori datum et satisfactum non esse. Quare puto, non obstare rei iudicatae exceptionem. Cf. Basil. LI. 2. cap. 27. (ed. Heim. V. pag. 91 sq.): *ἐπὶ δὲ τοῦ προκειμένου θέματος περιποιηθείσης μοι τῆς δεσποτείας τοῦ ἀγροῦ, ἡ μὲν ὑποθήκη λύεται, ἡ δὲ περὶ τῆς ὑποθήκης ἀγωγὴ σώζεται, ἐπειδὴ καὶ τὸ ἐνέχυρον ἐδόθη καὶ τὸ χρέος οὐ κατεβλήθη.* — An diese Stelle vorzüglich knüpft sich die lebhafte Streitfrage: inwiefern Jemand an eigener Sache ein Pfandrecht haben könne? S. die Lit. bei Sintenis Pfandrecht §. 17. Bachofen S. 84 fg. und dazu Keller in den krit. Jahrb. Jahrg. XI. S. 989..996. Viele nehmen an, daß diese theilweise Fortwirkung des bessern Pfandrechts nur stattfinde, wenn der Gläubiger, unbekannt mit seinem Pfandrechte oder mit der Existenz nachfolgender Pfandrechte, das Eigenthum erworben habe; z. B. Francke civ. Abh. Nr. 2. Sintenis S. 108 fg. Vangerow §. 392. [S. 900.] Puchta Vorles. §. 202. a. E. Die von Francke dafür angeführte L. 6. pr. D. h. t. gehört aber gar nicht hierher (§. 390. A. 1.). In L. 30. §. 1. cit. wird die Unbekanntschaft mit dem Pfandrecht „tunc quum de eodem fundo ageretur" nur hervorgehoben, weil daraus hervorging, daß de eo iure quaesitum non erat. In der Sache selbst liegt kein Grund für diese Beschränkung. Auch erhält L. 1. Cod. 8. 19 (20). dem Gläubiger, welcher die Pfandsache kauft, den Schutz der Priorität gegen die hypothecaria actio des nachstehenden

Pfandgläubigers, ohne eine solche Beschränkung anzudeuten (§. 392. A.). Die Annahme des „monströsen Begriffs eines Pfandrechts an der eigenen Sache“ (Puchta §. 202. not. l.) ist weniger tadelnswerth, als die aus bloßer logischer Consequenzmacherei hervorgehende Verkennung oder willkürliche Beschränkung eines praktisch angemessenen und dem wahren Rechte ganz entsprechenden, darum wahrhaft consequenten Rechtsatzes. Vgl. auch Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 202. a. E. Brinz 1. Aufl. S. 303. Windscheid §. 248. A. 26. 27. Dernburg II. S. 570 fg. G. Buchka die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten deutschen Gesetzgg. und in ihrem Verhältniß zum R. R. 1875. (drbr. Muther in d. Jen. Ltztg. 1875. Nr. 47.) [und Regelsberger in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 204 fg. — R. Goldschmidt Systematik des Pfandr. u. der Hypothek des Eigenthümers. 1877. Hartmann Rechte an eigener Sache in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 72 fg. 100 fg. Bekker in d. Ztschr. f. vergleich. R.W. II. 2. bes. S. 37 fg. 48 fg. Roth im civ. Arch. LXII. 2. S. 118 fg. Kuhlmann d. Hypothek d. Eigenthümers. 1881. (drbr. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 485 fg. Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. X. S. 419 fg.) Planta Beitrag z. Kenntniß d. deutsch-schweizer. Hypothekarrechte mit bes. Berücks. d. Rechtsinst. der sog. Hypothek an eigener Sache. 1883. Vgl. auch Kohler Ges. Abh. I. Nr. 9. Steinlechner krit. Vjschft. XXVI. S. 406 fg.]

## §. 390.

Das Pfandrecht hat noch andere Erlöschungsgründe mit andern Rechten gemein, wenngleich zum Theil besonders bestimmt. Dahin gehört 1) der Verzicht, remissio pignoris[a], der auch stillschweigend erklärt werden kann, z. B. durch Rückgabe des Pfandes oder der Pfandverschreibung[b], oder durch erklärte vorbehaltlose Einwilligung zur Veräußerung[c] des Pfandes [1], unter Umständen durch bloßes Stillschweigen dazu[d], oder durch Einwilligung zu weiterer Verpfändung, wenn nicht bloß dem neuen Pfandrecht die Priorität eingeräumt werden soll[e]; 2) Ablauf der Zeit, für welche das Pfandrecht bestellt war[f]; 3) Verjährung nach folgenden Bestimmungen: a) wer die verpfändete Sache zu Eigenthum oder auf eine zur ordentlichen Ersitzung genügende Weise, nicht als Erbe des Verpfänders, erworben hat und bezüglich des darauf haftenden Pfandrechts in gutem Glauben ist, erlangt durch zehn- oder zwanzigjährigen Besitz, je nachdem er mit dem Pfandgläubiger in derselben Provinz wohnt oder nicht[g], die Befreiung vom Pfandrecht[h], so zwar, daß er nicht nur gegen die Pfandklage durch die Einrede der Verjährung geschützt ist, sondern auch, wenn der Pfandgläubiger später

[a] L. 8. §. 1..18. D. h. t. 20. 6. Cod. de remissione pignoris. 8. 25 (26). [b] L. 7. Cod. h. t. 8. 25 (26). [c] L. 4. §. 1. L. 8. §. 6..18. D. h. t. L. 158. D. de R. J. L. 2. 11. Cod. l. c. [d] L. 1. 6. 8. Cod. eod. [e] L. 9. §. 1. L. 12. pr. D. h. t. L. 12. §. 4. D. qui pot. 20. 4. [f] L. 6. pr. D. h. t. [g] L. 12. Cod. de praescript. l. t. 7. 33. [h] Cod. si adversus creditorem (praescriptio opponatur). 7. 36. L. 5. §. 1. L. 12. D. de div. temp. 44. 3. L. 7. §. 1. (L. 7.) L. 14. Cod. de O. et A. 4. 10. L. 19. Cod. de evict. 8. 44 (45). L. 8. pr. Cod. de praescript. 30. vel 40. ann. 7. 39. cf. L. 44. §. 5. D. de usucap. 41. 3. L. 1. §. 2. D. de pignor. 20. 1. L. 7. Cod. de pign. 8. 13 (14). §. 157. A. 6.

in den Besitz der Sache kommt, dieselbe mit Erfolg vindiciren kann; b) dieselbe Folge hat der zur außerordentlichen Ersitzung geeignete Besitz von 30 oder 40 Jahren[i], unter der gleichen Voraussetzung, daß der Besitzer das Pfandrecht nicht kannte[2]; c) die Pfandklage verjährt zudem gegen den Pfandschuldner selbst und dessen Erben in vierzig Jahren; gegen den nachstehenden Pfandgläubiger, wie umgekehrt das ius offerendi des letzten gegen den vorgehenden, bei Lebzeiten des Pfandschuldners ebenfalls in 40 Jahren; vom Tode desselben an, wenn auf Einrechnung der bereits verflossenen Verjährungszeit verzichtet wird, in 30 Jahren; gegen andere Besitzer regelmäßig ebenfalls in 30 Jahren[k]; doch ist die heutige Anwendung dieser Bestimmungen durch das canonische Recht (§. 109.) sehr alterirt worden[3].

Anm. [1] Einen Fall dieser Art enthält L. 9. pr. D. h. t. 20. 6. Titius Sempronio fundum pignori dedit, et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit, atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero, an venditione interposita ius pignoris extinctum sit, ac per hoc ius solum emtionis apud ambos permanserit? Modestinus respondit, dominium ad eos, de quibus quaeritur, emtionis iure pertinere; quum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere. Der Grund der Erlöschung beider Pfandrechte liegt hier nicht in der Confusio (§. 389.), obgleich auch diese pro parte eingetreten, sondern in der durch den gemeinschaftlichen Kauf beiderseits erklärten Einwilligung zur Veräußerung; hätte noch ein Dritter ein schlechteres Pfandrecht an derselben Sache, so stände die Stelle der Möglichkeit der pignoratitia in rem actio gegen diesen nach §. 389. A. 2. nicht im Wege; nur *invicem* pignoratitiam actionem non habent.

[2] Vgl. Schmitthenner über die Ersitzung der Pfandfreiheit im prakt. Arch. I. 6. [Heft 1. S. 92 fg.] Verwerflich ist die Meinung, daß die Eigenthumsersitzung, wenigstens die unbeweglicher Sachen, an sich die Erlöschung des Pfandrechts mit sich bringe (z. B. Mühlenbruch §. 257. A. 10. §. 264. A. 2.), sowie die, daß der langjährige Besitz nur eine Verjährung der Pfandklage bewirke (z. B. Seuffert §. 221.). Die Ersitzung der Pfandfreiheit hat ihre eigenen Voraussetzungen und kann ohne die Eigenthumsersitzung, sowie diese ohne jene, eintreten, zweifelhaft jedoch, ob sie auch früher als die Eigenthumsersitzung zu Gunsten des noch nicht Eigenthümer gewordenen redlichen Erwerbers vollendet werden könne, was Schmitthenner S. 107. (wohl mit Unrecht) verneint; vielmehr wird man auch diesem schon nicht nur die Einrede der Verjährung gegen die Pfandklage, sondern auch eine wirksame Publiciana actio gegen den später in Besitz gekommenen Pfandgläubiger zugestehen müssen (arg. L. 8. pr. §. 1. Cod. 7. 39.). Vgl. jetzt auch Seuffert 4. Aufl. §. 221. A. 3. Windscheid §. 248. A. 14..23. Gegen die Ersitzung der Pfandfreiheit jedoch erklären sich wieder Schmid Cession I. S. 105 fg. A. 95., Dernburg II. S. 596 fg., Wächter Superficiar- oder Platzrecht S. 112 fg. Wenn aber zugegeben wird, daß nach vollendeter Verjährung der frühere Besitzer auch eine wirksame in rem actio gegen den besitzenden

[i] L. 8. §. 1. Cod. 7. 39. [k] L. 7. pr...§. 3. Cod. l. c. cf. L. 3. pr. eod.

Pfandgläubiger habe, indem er dessen hypothecaria exceptio durch praescriptio temporis beseitigen könne, so ergibt sich eben doch ein wesentlicher Unterschied von dem Fall einer bloßen Verjährung der Pfandklage; denn in Folge der letzten kann nach L. 8. §. 1. cit. jene Replicatio nicht zugelassen werden.

3 Unbedenklich ist, bei fortdauerndem guten Glauben, die heutige Anwendung von a) und b), deßgleichen nach c) die Verjährung unter Pfandgläubigern. Für unmöglich erklären Manche jetzt die Verjährung der Pfandklage gegen den Verpfänder selbst und dessen Erben; aber, wenn man auch das Erforderniß der bona fides auf alle Klagen oder doch auf alle dinglichen Klagen ausdehnt (§. 109. A. b..d.), so kann ja der Erbe des Verpfänders und dieser selbst den Besitz der Sache in dem guten Glauben, daß das Pfandrecht getilgt sei, erlangen oder wieder erlangen, und so 40 Jahre lang besitzen. — Uebrigens läßt L. 7. §. 1. Cod. 7. 39. dem Zweifel Raum, ob sie nur auf den Schuldner, der zugleich der Verpfänder ist, zu beziehen sei? oder auch auf den Schuldner, der dies nicht ist? oder auf den Verpfänder, wenn er auch nicht der Schuldner ist? Gewöhnlich wird in pfandrechtlichen Erörterungen unter dem „debitor" zugleich der Verpfänder gedacht.

## B. Aus besondern pfandrechtlichen Gründen.

### §. 391.

#### 1) Tilgung der Pfandforderung.

Das Pfandrecht muß seiner Natur nach erlöschen, wenn der Zweck, dem es dienen soll, weggefallen ist, d. h. wenn die Forderung, zu deren Sicherung es gegeben ist, ihrem ganzen Inhalte nach[a] völlig getilgt ist[b], auch wenn diese Wirkung nur per exceptionem stattfindet[c]. Wenn aber trotzdem, daß die Forderungsklage ipso iure oder per exceptionem aufgehoben worden, noch ein Rechtsanspruch des Gläubigers bestehen bleibt, so bleibt auch das Pfandrecht noch bis zu dessen Befriedigung bestehen[d].

Anm. L. 2. Cod. de luitione pignoris. 8. 30 (31). Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. L. 14. §. 1. D. 20. 1. Ex quibus causis (*Flor.* casibus) naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. Einen besonderen Fall dieser Art enthält L. 61 (59). pr. D. 36. 1. (Paul. lib. 4. quaest.) Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae (id est, testatoris); cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adiit et restituit; cum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure dominii id possidere. Respondi: Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione

[a] L. 19. D. de pignor. 20. 1. L. 2. Cod. deb. vend. pign. 8. 28 (29). L. 1. Cod. de luitione pignoris. 8. 30 (31). cf. §. 369. [b] L. 6. pr. D. h. t. 20. 6. L. 11. §. 1. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 3. Cod. h. t. 8. 30 (31). L. 43. D. de solut. 46. 3. cf. §. 357. A. 3. [c] L. 5. pr. L. 13. D. h. t. 20. 6. cf. L. 5. §. 3. eod. [d] L. 2. Cod. h. t. 8. 30 (31). L. 14. §. 1. D. de pignor. 20. 1. cf. L. 61 (59). pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 38. §. 5. D. de solut. 46. 3. (cf. §. 357. A. 1.) L. 13. §. 4. L. 27. D. de pignor. 20. 1. (cf. L. 29. D. de novat. 46. 2.)

a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantam retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. Vgl. darüber Francke Abh. S. 86 fg. Büchel Erörter. I. 1. S. 40 fg. [2. S. 89 fg.] — Die römischen Juristen argumentirten aus den Worten der Formula der Pfandklage: *extra quam si ea pecunia soluta eove nomine satisfactum est, sive per A. A. stat, quominus solvatur (satisve fiat)* (vgl. §. 378. A. 1.), indem sie unter die Worte *satisfactum esse* die verschiedenartigsten Tilgungsgründe der Forderung und des Pfandrechts subsumirten (not. b..d.). Wo nun ein Rechtsanspruch des Gläubigers noch anerkannt werden mußte, da erklärten sie *quia neque solutum neque satisfactum est*, die hypothecaria actio noch ohneweiteres für anwendbar, wenngleich die Forderungsklage nicht mehr oder, wie im Falle der L. 61 (59). cit., nur mittels einer Restitution noch stattfand. Dies war die formelle Weise, dem materiell anzuerkennenden Rechte Geltung zu verschaffen. Es ist ungegründet, wenn man daraus das Princip ableitet, daß die Pfandklage überall da noch fortdauere, „wo ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Forderung durch einen außer dem Willen des Gläubigers, also in rechtlicher Nothwendigkeit liegenden Umstand herbeigeführt wurde". Büchel Erörter. I. 1. S. 50. Darnach würde z. B. auch in den Fällen der §. 274. 277. not. a..c. die Fortdauer des Pfandrechts zu behaupten sein; vgl. §. 357. A. 3. a. E. Vgl. übrigens noch Schwanert Naturalobl. S. 395 fg. Windscheid §. 225. Nr. 2. §. 249. A. 2..8. Schmid Cession I. S. 111 fg. Dernburg II. §. 172. 173. [Schott in d. dogmat. Jahrb. XV. S. 32* fg., wieder anders Voß ebd. S. 337 fg.]

## §. 392.

### 2) Verkauf des Pfandes.

Das Pfandrecht hört endlich auf, wenn das Pfand seinen Zweck erfüllt hat. Durch den rechtmäßig abgeschlossenen und vollzogenen Verkauf des Pfandes[1] wird nicht nur das Pfandrecht des verkaufenden Pfandgläubigers selbst beendigt, sondern auch das aller nachstehenden Pfandgläubiger an dem verkauften Gegenstande gegenüber dem neuen Erwerber beseitigt[a], während der Verkauf durch den Eigenthümer diese Wirkung nicht hat[b], wenn er auch[c] an den ersten Pfandgläubiger selbst verkauft[2].

Anm. [1] Vgl. Platner im civ. Arch. XXXII. 4. Windscheid §. 249. Nr. 2. Schmid Cession I. S. 232 fg. Dernburg II. §. 115. L. 1. Cod. 8. 19 (20). Si vendidit is (vendidisset), qui ante pignus accepit, persecutio tibi hypothecaria superesse non potest (posset). (§. 1.) Cum autem debitor ipsi priori creditori

[a] L. 6. Cod. qui pot. 8. 17 (18). L. 1. Cod. si antiquior. 8. 20. L. 6. 7. §. 1. (L. 7.) Cod. de O. et A. 4. 10. cf. §. 387. 388. [b] L. 10. Cod. de remiss. pign. 8. 26 (26). [c] L. 1. Cod. cit.

eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio ademta est, quam si aliis easdem res debitor venumdedisset (vendidisset). Sed ita persequens res obligatas audieris, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris. [Ueber das Reichsrecht vgl. Mandry 2. Aufl. S. 391 fg.]

2 Vermöge singulärer Rechtsvorschrift hat auch der Verkauf des Pfandes durch einen Andern als den erstberechtigten Pfandgläubiger die Aufhebung der Pfandrechte zur Folge: a) nach §. 127. A. 3., wenn der Fiscus oder der Regent eine Sache als pfandfreie verkauft; b) nach L. 22. §. 6..8. Cod. de iure delib. 6. 30., wenn der Erbe, welcher mit dem beneficium inventarii angetreten hat, zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer Sachen der Erbschaft verkauft hat; die beeinträchtigten Pfandgläubiger haben sich hier an die dadurch befriedigten Gläubiger und Legatarien zu halten [s. unten §. 528.]; [c) nach der unrömischen Vorschrift des Art. 306. H.G.B. in den dort angegebenen Fällen.]

Arndts'

# Lehrbuch der Pandekten.

---

Dritte Abtheilung.

Viertes und fünftes Buch.

Von den Familienverhältnissen und der Erbschaft.

# Viertes Buch.

## Von den Familienverhältnissen.

[§. 393*.]

[Familie ist der Inbegriff der Verwandten[1]; an sich ohne Grenzen, erhält sie solche durch Beziehung auf einen gemeinsamen Parens (stipes communis). Rechtlich anerkannt ist die durch Männer (durch Zeugung) gesetzte Verwandtschaft nur als eheliche, die durch Frauen (durch Geburt) gesetzte auch als uneheliche[a][2]. In einem andern Sinne befaßt „Familie" die Ehegatten und deren Kinder. Doch hat dies Wort auch noch andere Bedeutungen, wenn auch nicht so viele, wie *familia*[b] im römischen Sprachgebrauch[3].

Gegründet wird die Familie (in dem zweiten S.) durch die Ehe (s. 1. Capitel); daran schließt sich als zweites Familienverhältniß das unter Eltern und Kindern, wovon im 2. Cap. die Rede sein wird. Für Personen, welche des väterlichen Schutzes entbehren, besteht die Vormundschaft, die aus diesem Gesichtspunkt den Familienverhältnissen zugezählt werden darf[4]; die Lehre von ihr bildet das 3. Cap. Auch die Verwandtschaft ist (als Ehehinderniß, Delationsgrund für Erbschaft und Vormundschaft ...) eine rechtlich wichtige Beziehung zwischen den Menschen; sie ist im allgem. Theil besprochen[5].

In jedem Rechte besteht, weil die Unehelichen nirgends den Ehelichen ganz gleichgestellt sind, ein Unterschied zwischen der natürlichen und der juristischen Familie. In besonderem Maße gilt letzteres vom (älteren) römischen Recht, wo nicht die durch Blutsgemeinschaft, sondern die durch die väterliche Gewalt gegebene Personenvereinigung die eigentliche

[a] L. 2. 4. 8. D. unde cognati. 38. 8. [b] L. 195. D. de V. S. L. 32. §. 6. L. 69. §. 3. D. de leg. II. L. 1. §. 4. D. unde cogn. L. 40. §. 2. D. de V. S. — Paul. III. 5. §. 1 sqq. L. 195. §. 3. D. de V. S. L. 25. §. 2. D. de Aedil. ed. 21. 1. L. 12. §. 2. D. de public. 39. 4. L. 10. §. 4. D. de usu. 7. 8. L. 166. pr. D. de V. S. — L. 1. pr. §. 16 sqq. D. de vi. 43. 16. — Paul. V. 1. §. 3. — Gai. II. 104. 109. 115. 116. 121. tit. Dig. 10. 2.

juristische Familie bildete; die Agnatenfamilie ist die fam. iuris civilis[c]. Die römische Organisation der Familie (wie des röm. Staates) war mehr eine künstliche, als eine natürliche. Künstliche Verhältnisse verdecken dort die natürlichen, welche erst allmälig zur Geltung kommen. So siegt nach jahrhundertelanger Entwickelung die Cognation über die Agnation[6]; so verdeckt anfangs die manus das Wesen des ehelichen Verhältnisses, das erst später neben jener zu selbständiger Erscheinung kommt[7]; so geht die patria potestas nach Inhalt und Dauer weit über den Zweck des väterlichen Schutzes hinaus[8], und war die alte Agnatentutel weit davon entfernt, bloß Fürsorge für Schutzbedürftige zu sein[9]. Darum war das nationale römische Familienrecht nicht geeignet, ein allgemeines zu werden[10].

Zuerst ist die manus abgestorben; die Agnation hat im Justinianischen Rechte nur noch eine minimale Bedeutung[11]; die Agnatentutel wurde durch Nov. 118. Cap. 5. beseitigt; die Vormundschaft des Justinianischen Rechts hat mehr einen modernen, als einen römischen Charakter[12]; die väterliche Gewalt ist sehr gemildert und steht im gemeinen Recht der deutschen „väterlichen Vormundschaft“ näher, als der patria potestas. Der natürliche und sittliche Inhalt hat die eigenthümlichen römischen Formen überwunden.

Und „die Familienverhältnisse sind an sich mehr natürlich sittliche als juristische Verhältnisse“[13]. Ihr gemeinschaftlicher Charakter ist die Ergänzung des Individuums[14]. Ihr „Inhalt wird nicht durch bestimmte einzelne Leistungen erschöpft“. Aber die Rechtsordnung muß die Voraussetzungen der rechtlichen Anerkennung dieser Verhältnisse, also ihre Entstehungs- und Endigungsgründe feststellen, und auch verschiedene Wirkungen derselben normiren. „Sie können auch bedeutenden Einfluß auf das Vermögen haben und eigenthümliche Gestaltungen von Vermögensverhältnissen hervorrufen“[15].]

[* Vgl. Arndts Encyklopädie §. 55 fg.; Savigny System I. §. 54.; Puchta Pand. §. 39 fg., Instit. §. 194..197. 219.; Schilling Instit. §. 29. 89 fg.; Böcking Instit. §. 41 fg. 49 fg.; Brinz 2. Aufl. §. 36..49. Voigt die XII Tafeln II. §. 72. 79. 92 fg. 169. Leist Gräco-italische Rechtsgesch. (1884) I. Buch. Stobbe Handbuch d. deutschen Privatrechts IV. Bd. (1884).

1 Wenn auch die Verschwägerten zur Familie gezählt werden, so ist dies ein unjuristischer Sprachgebrauch.

2 Das uneheliche Kind gehört zur Familie der Mutter, s. §. 476. Anders und sehr hart ist hier das österreich. Recht.

3 Wir verstehen unter F. auch: a) = die Verwandten des gleichen „Familien-

c L. 4. §. 2. D. de grad. 38. 10.

namens"; b) = Kinder; c) zuweilen wird — verengernd und erweiternd — das Moment der Hausgenossenschaft in den Begriff aufgenommen. — Ueber den röm. Sprachgebrauch s. Ulpian in L. 195. D. de V. S., Gaius in L. 196. l. c. — Puchta Inst. §. 194: „F. im weitesten S. bedeutet die Gesammtheit alles dessen, was der rechtlichen Macht eines römischen Bürgers unterworfen ist, Personen und Güter, insbes. nach quiritischem Recht. Das Wort begreift alles, was bei dem Census angegeben werden mußte. Soll das eigentliche Vermögen hervorgehoben werden, so erhält es (meist) den Zusatz „fam. pecuniaque". (Eine andere Deutung dieses Wortpaares s. bei Kuntze Excurse 2. Aufl. S. 86. 107 fg.) „In einem eng. S. bezieht sich das Wort nur auf die Personen, die in der Gewalt eines Römers sich befinden". Daraus erklären sich folgende Anwendungen des Wortes familia: 1) = Vermögen, insbes. Nachlaß (fam. emtor, fam. hereiscunda) L. 195. §. 1. cit.; 2) = Gesammtheit der Sklaven L. 195. §. 3. cit., als Collectiv („Dienerschaft") eine Vielheit voraussetzend (L. 40. §. 3. eod. cf. L. 85. eod., aber auch L. 1. §. 16. 17. D. de vi. 43. 16.) (nachwirkend im mittelalterlichen italienischen Sprachgebrauch), oder auch der Freigelassenen (s. Lewis Familienfideic. §. 1.); 3) die Familienglieder mit bes. Rücksicht auf die potestas: pater familias, mater f., filius f. (L. 195. §. 2. cit., cf. L. 4. D. 1. 6.); 4) die der Gewalt des Hausherrn Unterworfenen, Kinder wie Sklaven: „Unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit", d. h. du oder „deine Leute"; s. L. 1. §. 16 .. 21. D. de vi. 43. 16. In diesen Zusammenhang gehört L. 40. D. de V. S., deren §. 2. oft mißverstanden wird, cf. L. 1. §. 1. D. de aedil. ed. 21. 1. und L. 25. §. 2. eod. Sonst bedeutet f. auch die Gesammtheit der Verwandten: familia cognatorum — familia agnatorum (L. 195. §. 2. 4. D. de V. S.). — Uebrigens ist diese Aufzählung keine erschöpfende; vgl. Dirksen Manuale vb. *familia*; Schilling §. 29. Zusatz 1. Um so mehr muß hier darauf verzichtet werden, das Verhältniß der verwandten Bezeichnungen „Geschlecht, Stamm, Sippe, Haus" . . . unter sich und zu „Familie" zu untersuchen.

[4] Dazu tritt unterstützend der Umstand, daß Recht und Pflicht zur Vormundschaft großentheils den Verwandten zukommen. — Ob die Vormundschaft in's Familienrecht oder aber in's Obligationenrecht zu stellen sei, ist bestritten; s. §. 489. A. 2.; Kuntze In systemate iuris civ. . . doctrina de iure tutelae num iuri oblig. adscribenda sit? Lpzg. 1851.

[5] S. §. 38 fg. — Diese Einreihung ist die herkömmliche. Doch wäre nichts dagegen zu sagen, wenn in einem Hand- oder Lehrbuch des Institutionenrechts ein eigenes Capitel des Familienrechts von Agnation, Cognation, Affinität, den verschiedenen potestates u. dgl. handeln würde.

[6] Freilich erst, als die römische Nationalität so gut wie untergegangen war. — Es ist sehr schwer und wohl noch nicht gelungen, den Begriff der Agnation bündig und doch genau zu definiren. Ganz verfehlt sind die Definitionen der römischen Juristen (s. die einschlägigen Stellen bei Schilling §. 42. not. c.). Roßhirt Einl. in d. Erbrecht S. 102. u. 259. hat mehrere Definitionen neben einander gestellt, „wogegen sich aber manche Einwendungen machen lassen", wie Schilling (not. q.) sagt. Dieser selbst aber verfällt in einen Definitionszirkel, indem er als eigenes Begriffsmoment hervorhebt, daß die vermittelnden Mannspersonen „zu der nämlichen Familie gehören müssen", und dies in not. e. damit erläutert, daß „familia der Complex aller Agnaten" sei. Dies gilt auch von der Definition Böcking's (§. 50.). Geradezu falsch ist die Behauptung Puchta's (§. 194.): „Die Agnaten sind durch eine Kette von Gewalten verbunden, die von jedem auf jeden ununterbrochen hinüberreicht. Diese die Agnation

vermittelnden Gewalten brauchen jetzt nicht mehr zu bestehen, aber sie müssen nicht durch eine capitis deminutio aufgehoben worden sein, welche die Agnation dessen, der sie erleidet, zerstört". Demnach wäre der Agnationsnexus zerschnitten, wenn irgend ein männlicher Zwischenparens eine cap. demin. erlitten hätte. Dies ist aber nicht der Fall. Die vorher geborenen oder auch nur erzeugten Kinder betrifft die cap. demin. ihres Vaters nicht. Wenn der Sohn emancipirt wird, bleiben seine Kinder in der Gewalt des Großvaters (Gaius I. §. 135., III. §. 2., pr. J. 1. 12.). Der Einwand, daß hier keine Zwischengewalt zerstört wurde, wäre unrichtig, der Sohn hat die Gewalt als eine virtuelle, und die Zerstörung derselben äußert sich darin, daß die Enkel sui des Großvaters werden, was sie bis dahin nicht waren. Eben so verhält es sich, wenn der in potestate befindliche Zwischenparens eine cap. demin. magna erleidet. Aber auch, wenn er sui iuris war, verlieren die vorher erzeugten Kinder nicht ihre Agnationsrechte (L. 6. D. unde legitimi. 38. 7.; zweideutig ist hier das „inter se"; heißt das, daß sie nur unter sich Agnaten bleiben? so scheint es Schilling not. ii. zu verstehen; aber als Gegensatz brauchen nicht die übrigen bisherigen Agnaten gedacht zu sein, vielmehr wird dem „inter se" das Verhältniß des Vaters zu den Kindern entgegengesetzt). Allerdings aber hebt jede cap. deminutio die Agnation für den cap. minutus und dessen später erzeugte Descendenz auf. — Erschwert wird die Definition noch dadurch, daß neben der patria pot. die manus zu berücksichtigen (weshalb auch das Wort „Stammvater" zu vermeiden) und hinwieder die dominica pot. auszuschließen ist. Wenn man die Agnaten als Personen bezeichnet, welche in derselben Familiengewalt stehen, so paßt das auf den Gewalthaber selbst nicht, der doch auch Agnat seiner Kinder ist. (L. 12. D. de suis et leg. 38. 16.; cf. L. 4. §. 1. D. quis ordo. 38. 15.; L. 196. D. de V. S.) Besser so: Agnaten sind Personen, welche in der patria pot. (od. manus) desselben Mannes stehen würden, wenn er noch am Leben und nicht capite minutus wäre. Dies paßt auch auf den Gewalthaber selbst; auch er würde unter obiger Voraussetzung mit den Kindern zusammen in der Gewalt seines Vaters stehen. Indeß vermag hier keine Definition die casuistische Erläuterung entbehrlich zu machen. — Vgl. überhpt. Schilling §. 42.; Böcking §. 50.; Puchta §. 194.; Müller §. 57.; Brinz §. 40.; Voigt a. a. O. S. 390.

[7] Voigt a. a. O. §. 100. Daraus erklärt sich wohl der Mangel eines gesetzlichen Ehegüterrechts in Rom; dieser wurde indeß durch die allgemeine Sitte, Ehepacten zu errichten, und durch das fein entwickelte Dotalrecht großentheils ausgeglichen.

[8] „Die Unterordnung unter die elterliche Gewalt findet ihre natürliche Gränze darin, daß die Kinder zu voller Selbständigkeit gelangen, in der sie des Schutzes und der Erziehung . . . nicht mehr bedürfen." Arndts Encyklop. §. 61. Daß die römische patria potestas von der natürlichen, bei allen Völkern sich findenden, väterlichen Gewalt verschieden sei, dessen waren sich die Römer und ihre Zeitgenossen bewußt. S. Dionys. Halic. II. 26 sq. und Gaius I. §. 55: Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus . . . nec me praeterit, Galatarum gentem credere in potestate parentum esse liberos. Mit Unrecht hält dies Dernburg Instit. des Gajus S. 54. für Ironie und meint, „man möge die Stelle nur nicht zu ernsthaft nehmen". Und doch hat schon Böcking auf die frappante Stelle (4. pr.) im Briefe des Apostels Paulus an die Galater hingewiesen, und auf Caesar bell. Gall. VI. 19.: Viri in uxores, sicuti in liberos vitae necisque habent potestatem. (Gallier — Galater!). — Vgl. Hermann griech. Privatalterth. §. 11.

[9] Vgl. L. 1. pr. D. de legit. tutor. 26. 4.; Müller S. 653. Hier wie dort stehen im Vordergrund der juristischen Betrachtung nicht die Pflichten, sondern die Machtbefugnisse des tutor bez. pater fam. Freilich aber darf man bei Beurtheilung dieser Verhältnisse nicht lediglich auf die Rechtsregel sehen, sondern muß auch die ergänzende Sitte berücksichtigen (s. Savigny I. S. 350.).

[10] „Die röm. Familie ist uns zum Theil etwas Fremdartiges, zum Theil Antiquität". Brinz 2. Aufl. §. 49. S. 169.

[11] S. oben §. 38. Z. 5., §. 427. Alin. 2.; vgl. Brinz §. 49. In einem andern Sinne gibt es auch heute noch „Agnaten", d. h. Personen, welche durch Bluts- und Namensgemeinschaft verbunden sind; ein Begriff, der namentlich im Adelsrecht von Wichtigkeit ist, und auf den die Definitionen der römischen Juristen (s. z. B. L. 10. §. 2. D. de grad. 38. 10., §. 1. J. 3. 2.) besser passen, als auf den römischen.

[12] Sehr bezeichnend ist es, wie ganz anders die Vf. der Justinianischen Institutionen den Parallelismus von Berufung zur Vormundschaft und Berufung zur Erbschaft (L. 73. pr. D. de R. J.) motivirt haben, als die römischen Juristen (Ulpian, bez. wohl Sabinus). Jene: „quia plerumque, ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet" (Inst. 1. 17.; diese Worte finden sich im Gaius I. §. 165., dem im Uebrigen dieser Titel nachgeschrieben ist, nicht). Diese: „ut, qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur" (L. 1. D. 26. 4.).

[13] Arndts Encyklop. §. 55.; vgl. Savigny §. 54. Die römischen Juristen betonen zuweilen zu sehr die natürliche Seite (L. 1. §. 3. 4. D. 1. 1.); in umgekehrter Richtung übertreibt Böcking §. 42. Note 9: „Das Wesen der menschlichen Familie besteht nicht in jenem natürlichen Zusammenhange, sondern in der Familienliebe, ist also ethischer Natur". Hinsichtlich der Ehe vgl. noch Hasse (s. §. 395. A. 1.) Einleitung.

[14] S. Savigny §. 58. S. 340 fg.

[15] Arndts a. a. O.; vgl. Savigny S. 352 fg.]

---

# Erstes Capitel.

## Von der Ehe.

### §. 393[a].

### I. Wesen der Ehe. Entstehung und Ende[a].

Ehe ist die rechtlich anerkannte Verbindung eines Mannes und eines Weibes zu vollkommener Lebensgemeinschaft[b]. Sie ist ihrem Wesen nach ein natürlich-sittliches Verhältniß[1], aber als rechtlicher Ordnung

[a] Inst. de nuptiis. 1. 10. — Dig. de sponsalibus. 23. 1. de ritu nuptiarum. 23. 2. de divortiis et repudiis. 24. 2. — Cod. de sponsalibus et arr(h)is sponsalitiis et proxeneticis. 5. 1. de nuptiis. 5. 4. de incestis et inutilibus nuptiis. 5. 5. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem seu curatorem liberosque eorum. 5. 6. si quacunque praeditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum iurisdictioni suae adspirare tentaverint nuptias. 5. 7. si nuptiae ex rescripto petantur. 5. 8. de repudiis et iudicio de moribus sublato. 5. 17. de raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium. 9. 13. [b] L. 1. D. de ritu nupt. 23. 2. §. 1. J. de patr. pot. 1. 9.

entsprechende und vom Rechte anerkannte Verbindung zugleich ein Rechtsverhältniß von großer Wichtigkeit. Das römische Recht enthält sich zwar näherer Bestimmungen über die gegenseitigen Pflichten der Ehegatten, die sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe ergeben. Es anerkennt aber diesem entsprechend bestimmte rechtliche Folgen derselben. Die Frau theilt Stand und Wohnort des Gatten[c]. Sie soll dem Manne folgen[2]; dieser hat daher gegen jeden, der sie zurückhält, das interdictum de uxore exhibenda ac ducenda[d]. Der Mann gilt als Beschützer der Frau; er wird daher in Processen als deren vermuthlicher Bevollmächtigter zugelassen[e]. Beleidigungen gegen die Frau berechtigen auch den Mann in eigenem Namen zur Injurienklage[f].[2a] Die Innigkeit des ehelichen Verhältnisses schließt ehrenrührige und Strafklagen unter den Ehegatten aus[g], befreit dieselben vom Zeugniß gegen einander[h], und begründet unter ihnen die Rechtswohlthat der Competenz[i]. Verletzung der ehelichen Treue kann als Verbrechen strafbar sein[k].

Von erheblicher juristischer Bedeutung sind die Rechtsvorschriften über Eingehung und Endigung der Ehe. Allein in dieser Beziehung ist heutzutage das römische Recht nicht mehr entscheidend; die Lehre davon ist, vom Standpunkt des gemeinen Rechts angesehen, wesentlich eine kirchenrechtliche[3].

Was dagegen den Einfluß der Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung betrifft, so sind die betreffenden Grundsätze des römischen Rechts im Ganzen als noch heutzutage geltendes gemeines Recht anzusehen, wenngleich gerade in dieser Lehre tiefeingreifende particularrechtliche Abweichungen besonders häufig vorkommen.

Anm. [1] Die Römer definiren: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio (L. 1. D. h. t. 23. 2.), coniunctio individuam consuetudinem vitae continens (§. 1. J. 1. 9.); cf. can. 3. §. 1. C. 27. qu. 2. Individua vero vitae consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso. Die affectio maritalis, das honore pleno diligere, unterscheidet die Ehe von dem bei den Römern auch als erlaubte Geschlechtsverbindung üblichen Concubinat. L. 3. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 31. pr. D. de donat. 39. 5. L. 16. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. Dig. de concubinis. 25. 7. Cod. 5. 26. [Die eheähnliche Natur des Concubinates bestreitet mit Unrecht P. Gide de la condition de l'enfant naturel et de la concubine..1880 (vrbr. Leonhard in d. krit. Vjschr. XXIII. S. 345 fg.);

[c] L. 13. Cod. de dignit. 12. 1. L. 22. §. 1. L. 38. §. 3. D. ad municip. 50. 1. (§. 40. not. c.) cf. Vat. fragm. §. 104. [d] L. 2. D. de lib. exhib. 43. 30. L. 11. Cod. de nupt. 5. 4. [e] L. 21. Cod. de procurat. 2. 12 (13). [f] L. 2. D. de iniur. 47. 10. (§. 339. not. g.) [g] L. 2. Cod. rer. amot. 5. 21. L. 1. in f. Cod. de iure dot. 5. 12. [h] arg. L. 10. pr. D. de grad. 38. 10. [i] L. 20. D. de re iud. 42. 1. (§. 225. A. 3.) [k] Dig. ad leg. Jul. de adulteriis. 48. 5. Cod. 9. 9.

richtiger Wolf Legitimation S. 28 fg. 35 fg.]. — Ueber die Ehe als Rechtsverhältniß vgl. übrigens Brinz Pand. §. 257. S. 1207 fg. [2. Aufl. §. 42..45.].

[2] Von einer Klage darauf gegen die Frau ist im R. R., das Trennung der Ehe durch den Privatwillen jedes Ehegatten zuließ, keine Rede; über das heutige R. vgl. Seuffert's Arch. I. 237. IV. 126. VIII. 143. XIII. 38. XVI. 52. 54. XVIII. 257. XX. 43.

[[2a] Das Umgekehrte gilt aber nicht; L. 2. D. de iniur. 47. 10.]

[3] Die Grundsätze des heutigen Rechts über die Voraussetzungen einer gültigen Ehe, deren Eingehung und Auflösung, sind verschieden für die verschiedenen christlichen Confessionen. Die Hauptquellen für das katholische Eherecht sind a) im Decretum Gratiani die causae 27. bis 36., wo jedoch in C. 33. qu. 3. der tractatus de poenitentia eingeschoben ist; b) in den spätern Decretalensammlungen je das 4. Buch; c) Concilii Trident. (sessio 24) doctrina de sacramento matrimonii can. 1..12., decretum de reformatione matrimonii cap. 1..10. Das protestantische Eherecht hat seine nähere Bestimmung durch Particulargesetzgebung erhalten. Vgl. Walter Kirchenrecht §. 294..324 a. Phillips Lehrb. d. Kirchenrechts §. 267..303. Richter Kirchenrecht §. 248..273. [7. Aufl. v. Dove, 1874. §. 266..290.] — Neues Recht für das neue deutsche Reich (Civilehe): Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875. [Dieses behandelt, außer einer Bestimmung über Ehescheidung (§. 77.), nur die Eheschließung. Die Darstellung seines Inhalts gehört nicht in die Pandekten, weil es sich nicht um Modificationen des römischen, sondern des kanonischen R., bez. der Landesehegesetze handelt.] Vgl. Windscheid 4. Aufl. §. 489. [bes. aber Scheurl das gemeine deutsche Eherecht ... 1881.]. Für Oesterreich: Gesetz v. 25. Mai 1868. Vgl. Vering Kirchenrecht §. 178 fg. 183 fg.

## II. Einfluß der Ehe auf das Vermögen.

### §. 394.

Dem sittlichen Begriff der Ehe entspricht es, daß die Ehegatten auch ihr Vermögen als gemeinschaftliches Gut betrachten und behandeln. Aber der Ehe ist nicht eine solche mit der Kraft rechtlicher Nothwendigkeit wirkende vermögensrechtliche Folge gegeben. Das römische Recht geht vielmehr davon aus, daß das Vermögen der Ehegatten an sich juristisch getrennt bleibe, die Ehe an und für sich in dem Vermögensstande der Ehegatten eine Aenderung nicht bewirke. Nun gibt es aber ein eigenthümliches Vermögensverhältniß, welches den Zweck erfüllt, dem Manne, als welchem zunächst es obliegt, die Kosten des ehelichen Haushalts zu bestreiten[a], mit Rücksicht darauf einen Vermögensbeitrag von der andern Seite auch juristisch zu sichern. Dies ist Dos, Heirathsgut; was die Frau sonst an eigenem Vermögen hat und behält, heißt im Gegensatz davon Paraphernalgut, bona parapherna, d. i. extra dotem[b]. Der Dos entspricht dagegen als eine Vermögensgabe von Seiten des Mannes

[a] L. 20. §. 2. L. 46. D. fam. erc. 10. 2. L. 56. §. 1. 2. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 22. §. 8. D. soluto matr. 24. 3. L. 21. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [b] Dig. de iure dotium. 23. 3. Cod. 5. 12. cf. Vat. fragm. »de re uxoria ac dotibus«. §. 94..122.

die donatio propter nuptias[a]. Beide Vermögensverhältnisse entstehen nicht durch die Ehe unmittelbar, sondern durch einen besondern Act, der sich nur auf die Ehe bezieht. Außerdem aber gibt es gewisse vermögensrechtliche Wirkungen, die nach Rechtsvorschrift in Folge der Ehe eintreten.

[Anm. S. §. 393. in u. vor A. 7. — Ueber das Güterrecht der manus s. Hasse §. 27., Müller Instit. S. 566 fg.; über das allmälige Verschwinden der manus s. Hasse §. 24. — Die reiche Lit. des deutschen Ehegüterrechts s. bei Gerber §. 226.; für die Geschichte ist das Hauptwerk das von R. Schröder (1863..74), für den Nachweis heutiger Geltung P. v. Roth Syst. d. deutsch. P.R. II. 1. (1882). Rathschläge f. d. Codification gibt eine Schrift von Fdch. Weber (Welches System u. s. w., 1882) und ein Aufs. von E. Hoffmann im prakt. Arch. III. Folge, I. Bd.]

## A. Die Dos[1].

### §. 395.

### 1) Begriff.

Dos (Heirathsgut, Brautschatz, Brautgabe) ist ein Vermögenszuschuß, welcher von Seiten der Frau oder für dieselbe von einem Andern dem Manne im Hinblick auf die Last des ehelichen Haushalts dergestalt zugewendet wird, daß der Capitalbetrag desselben nach Beendigung der Ehe, wenigstens für gewisse Fälle, wieder zurückzugeben ist[2]. Durch dieses Merkmal unterscheidet sich die Dos von einer Gabe an den Mann, durch welche, wenn auch aus Anlaß der Ehe, dessen Vermögen schlechthin und ohne Vorbehalt vermehrt wird. Dieses kann eine bloße Schenkung an den Mann sein, aus Anlaß der Ehe[3]; die Bestellung der Dos hat niemals den Charakter einer Schenkung[a] an den Mann[4]. Wesentlich aber ist auch zum Dasein der Dos eine Vermehrung des Vermögens[b] des Mannes[5], sowie das Bestehen einer Ehe, in Beziehung auf welche sie bestellt ist[c].

Anm. [1] Neuere Literatur: J. Chr. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach röm. Recht. Bd. 1. 1824. (nicht fortgesetzt); Tigerström das röm. Dotalrecht. 2 Bde. 1831. 32.; [nicht zu empfehlen: s. etwa Francke im civ. Arch. XXVI. S. 65; Meyerfeld Schenkung II. S. 41.]; Heimbach „Brautgabe" im Rtslex. II. S. 398..464.; Bechmann das röm. Dotalrecht, 2 Abtheilgn. 1863. 67. (vrbr. Scheurl in d. kr. Vjschr. VI. S. 1 fg. XI. S. 105 fg. 266 fg. 321 fg.); Czyhlarz das röm. Dotalrecht, 1870. [Sternberg Beiträge z. L... von der Restitution der Dos nach auf-

[a] Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis. 5. 3.

[a] L. 21. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 19. D. de O. et A. 44. 7. L. 25. §. 1. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 8. §. 13. D. quib. mod. pign. 20. 6. cf. L. 9. §. 1. D. de cond. causa data. 12. 4. L. 5. §. 5. D. de doli m. exc. 44. 4. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1. L. 47. pr. D. mand. 17. 1. [b] L. 7. §. 3. D. h. t. 23. 3. L. 21. §. 4. D. ad municip. 50. 1. cf. L. 47. §. 6. D. de peculio 15. 1. [c] L. 3. 21. D. h. t. cf. L. 20. 76. i. f. eod.

gelöster Ehe, 1880.] — Zur Geschichte des Dotalrechts: Voigt die lex Maenia de dote v. J. der Stadt Rom 568. [Festschr. zu Hänel's Doctorjubil.] 1866, dazu Arndts in der Zeitschrift f. Rtsgesch. VII. S. 1 fg. (civ. Schr. I. 31.), dagegen Czyhlarz a. a. O. S. 2 fg.

2 Die Beziehung der Dos auf die Lasten der Ehe wird in mehreren Stellen sehr bestimmt betont. L. 56. §. 1. D. h. t. 23. 3. L. 65. §. 16. D. pro socio. 17. 2. L. 46. D. fam. erc. 10. 2. L. 16. pr. D. de castr. pec. 49. 17. L. 20. Cod. h. t. 5. 12. Vgl. auch §. 394. not. a., und noch insbesondere L. 76. D. h. t. 23. 3. „Si pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit, valet promissio. Nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promisisset, obligaretur ... Non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit; quia *nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est*", mit L. 20. eod. Julianus scribit, valere talem stipulationem: *cum morieris, dotis nomine tot dari*? quia et pacisci soleant, ne a viva exhibeatur. Quod non esse simile accepi; aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit. [Idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet.] Gleichwohl bestreitet jene Beziehung Bechmann a. a. O. §. 1 fg. Aber dagegen vgl. Scheurl a. a. O. VI. S. 4 fg. Windscheid §. 492. A. 1. 4. Czyhlarz §. 2. S. 15 fg. Brinz Pand. §. 262. [S. 1228 fg.]. — Beanstandet wird auch die Aufnahme der Beschränkung auf die Dauer der Ehe in den Begriff der Dos. So sagt Windscheid a. a. O. [A. 1. a. E.], die Verpflichtung zur Rückgabe setze eine Dos voraus, könne daher eine Dos nicht erst schaffen; an sich sei Dos, und darum nicht Schenkung, das dem Manne ad onera matrimonii Gegebene auch dann, wenn gleich anfangs dabei verabredet werde, daß er es definitiv behalten solle. Aber mag auch, wie Bechmann [§. 10 fg.] ausführt, Dos in ursprünglicher Bedeutung überhaupt ein von Seiten der Frau dem Manne zugebrachtes Gut als Ausstattung derselben genannt und diese von Seiten des Vaters als eine Art von Abfindung der in die Manus und somit in die Familia des Mannes übergehenden Tochter aufgefaßt worden sein: als ein eigenthümliches Rechtsverhältniß erscheint doch die Dos nur, seitdem und insofern dieselbe nach Endigung der Ehe, wenigstens in gewissen Fällen, zu restituiren war. Wenn etwa der Vater der Frau oder sonst Jemand dem Manne einen schlechthin unwiderruflichen Beitrag zur Hauseinrichtung gab oder demselben zur Bestreitung des ehelichen Haushaltes jährlich eine Summe zu geben sich verpflichtete, so war das nicht Dos im eigentlichen Sinn, weder nach klassischem noch nach neuerem Recht. Und wenn die Frau selbst während der Ehe in solcher Weise einen Beitrag ad onera matrimonii ferenda, etwa gar ihr ganzes Vermögen zu dem Zweck hingeben wollte, wäre das nicht als donatio inter v. et u. ungültig gewesen? Es konnte nur als Dos aufrecht erhalten werden, dadurch, daß die Verabredung, „ne omnino reddatur" als nichtig behandelt wurde, und selbst die zulässige Verabredung, liberis intervenientibus ne reddatur, nicht galt für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes. L. 2. 16. D. de pact. dot. 23. 4. — Auch Czyhlarz §. 3. bestreitet jenes Merkmal auf Grund der L. 1. pr. D. h. t. 25. 3. „dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit". Aber über diesen Satz vgl. Brinz S. 1244. und Scheurl a. a. O. XI. S. 115., und daß bei solcher Gabe nicht von den Eigenthümlichkeiten des Dotalrechts die Rede sein kann, das führt Czyhlarz selbst aus in §. 14. — Von anderer Seite wird besonders betont, daß die Dos ein Frauengut sei (res uxoria). Scheurl a. a. O. S. 110 fg. Brinz

§. 264 fg. Aber Dos ist auch die von einem Fremden bestellte dos receptitia, die man doch kaum ein Frauengut nennen kann (§. 404. 405.).

[3] Doch ist auch eine solche Gabe nicht immer Schenkung, z. B. nicht, wenn sie in der Absicht geschieht, dadurch den Mann zur Eingehung der Ehe zu bestimmen: *ut Maeviam uxorem ducat*, oder *si M. u. d.*

[4] Wohl aber kann in der Bestellung der Dos eine Schenkung an die Frau oder an den zu deren Dotation Verpflichteten liegen. L. 25. §. 1. cit. (not. a.) L. 31. pr. Cod. h. t. L. un. §. 13. (bes. §. 13 b.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. Ueber das Verhältniß von dos und donatio vgl. überhaupt Hasse a. a. O. §. 110 fg. Savigny Syst. IV. S. 47. 82. 174. 222. Czyhlarz §. 15..20. mit Bechmann I. S. 194 fg. Der letzte S. 211 fg. ist bezüglich der Schenkung an die Frau anderer Meinung; dagegen Scheurl a. a. O. VI. S. 35 fg. XI. S. 110 fg. [119 fg.]. Windscheid §. 492. A. 5. Brinz S. 1241 fg. Czyhlarz §. 19. 20. — In L. 9. §. 1. D. h. t. wird die Bestellung der Dos auch im Verhältniß zum Mann donatio genannt; aber offenbar nicht im technischen Sinn; vielleicht ist auch für *donatio* zu verbessern *dotis datio*.

[5] War der Mann noch in väterlicher Gewalt, so wurde durch die Dos zunächst des Vaters Vermögen vermehrt. Czyhlarz S. 18 fg. Mandry Familiengüterrecht Bd. I. (1871.) S. 288 fg.

## §. 396.

### 2) Dotationsverbindlichkeit.

Eine Verbindlichkeit, die Frau mit einem Heirathsgute auszustatten, kann durch Vertrag oder Vermächtniß zu Gunsten derselben begründet sein[a]. Gesetzlich ist dazu verpflichtet 1) der Vater oder väterliche Großvater[b],[1] ausnahmsweise im dringenden Fall 2) auch die Mutter[c],[2] 3)[3] der Verführer einer Jungfrau[d], falls er diese nicht selbst ehelichen kann und will[4]. Die Größe der Verbindlichkeit ist nach billigem Ermessen[e], mit Rücksicht auf den Stand der Ehegatten, und in beiden ersten Fällen auch auf das eigene Vermögen der Tochter, sowie das der Verpflichteten zu bestimmen, nach Analogie der Alimentationsverbindlichkeit (§. 348.). Der Anspruch der Dotation[5] steht der Frau zu, nicht dem Manne[6]; jene kann aber diesem durch Abtretung ihres Anspruchs eine Dos wirklich bestellen, und die Verpflichteten genügen ihrer Verbindlichkeit durch Bestellung einer angemessenen Dos an den Mann[7].

Anm. [1] Die Dotationspflicht der väterlichen Ascendenten beruht nach not. b. auf der lex Julia de maritandis ordinibus. Vgl. Heinecc. ad leg. Jul. et Pap.

[a] L. 77. §. 9. D. de legat. II. L. 69. §. 2. D. de legat. I. [b] L. 19. D. de ritu nupt. 23. 2. L. 6. D. de collat. bon. 37. 6. L. 7. Cod. de dotis promiss. 5. 11. [c] L. 14. Cod. h. t. 5. 12. cf. L. 19. §. 8 (1). Cod. de haeret. 1. 5. [d] cap. 1. X. de adult. 5. 16. [e] L. 60. 69. §. 4. 5. D. h. t. 23. 3. L. 43. D. de legat. III.

Popp., p. 252..254. [in der kleinen Venet. Ausg. v. 1741, p. 533 sq.], dazu Mandry a. a. O. S. 234 fg. [Leist Gräco-italische Rechtsgesch. S. 75 fg.] Eine alte Streitfrage ist es, ob sie auch gegen die emancipirte Tochter bestehe? Sie ist zu bejahen, arg. L. 7. §. 2. (L. 7.) Cod. 5. 11. „omnino paternum esse officium, dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie"; cf. L. 1. §. 10. D. si quid in fraud. patr. 38. 5. Nov. 97. cap. 5. Vgl. Windscheid §. 493. A. 4. Czyhlarz §. 49. [Die L. 7. cit. behandelt zunächst eine ganz andere Frage, nämlich ob die vom Vater bestellte Dos als aus seinem eigenen Vermögen oder dem in seinen Händen befindlichen Vermögen der Tochter gegeben behandelt werden soll, und entscheidet sich im Zweifel für ersteres (s. dagegen österreich. G.B. §. 1224.). Näheres über und gegen die L. 7. cit. s. bei Zimmermann in Bödiker's Magazin f. d. deutsche Recht d. Gegenw. II. Bd. S. 82..101.]

[2] Von der Mutter heißt es (not. c.): Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa. Es findet sich nur eine causa expressa (Häresie der Mutter, wenn die Tochter rechtgläubig ist) und diese ist unpraktisch. Windscheid a. a. O. A. 6. Czyhlarz §. 50.

[3] Manche behaupten auch eine Dotationspflicht der Geschwister mit Ausnahme der uterini, arg. L. 12. §. 3. D. de adm. tut. 26. 7. Sed non dabit (tutor) dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit; nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est. Das arg. a contrario würde höchstens ergeben, daß die Dotation der soror eodem patre nata non ex tali liberalitate fit, quae arbitrio pupilli servanda est. Vgl. §. 348. A. 8. Puchta §. 317. not. d. „durch den Zusatz *alio patre natae* will der Jurist nur erklären, wie es kommen mag, daß der Bruder reich, die Schwester arm ist". — Czyhlarz S. 175 fg.

[4] Dem Verführer gebietet das kanonische Recht eigentlich: *et duc et dota;* die Praxis begnügt sich mit dem alternativen: *aut duc aut dota.* Windscheid §. 493. A. 7. [Stobbe Handb. III. §. 204.].

[5] Das Rechtsmittel zur Geltendmachung des gesetzlichen Dotationsanspruchs war nach R. R. eine extraordinaria cognitio (L. 19. D. de ritu n. 23. 2. Hasse S. 347 fg.). Die neuere Terminologie nennt es condictio ex lege. Entschieden unrichtig ist es, darauf die actio ex stipulatu der L. un. Cod. de rei ux. act. 5. 13. anzuwenden (Mühlenbruch III. §. 524. not. 3. 4.).

[6] Manche halten vor Allem die (vermögende) Frau selbst zur Bestellung einer Dos gesetzlich verpflichtet, arg. L. 32. §. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. (§. 341. A. 3.). Diese Stelle beweist aber das Gegentheil; und auch L. un. §. 1. g. (1.) Cod. de raptu virg. 9. 13. setzt keine solche Verpflichtung fest. Vgl. Puchta §. 317. a. E. „eine Pflicht der Frau, sich zu dotiren, ist eine Absurdität". — Ungegründet ist auch die Meinung von Mühlenbruch §. 524. A. 8., daß die Frau zur Geltendmachung oder Uebertragung ihres gesetzlichen Dotationsanspruchs an den Mann gezwungen werden könne, wenngleich sie sich diesem nicht dazu verpflichtet hat.

[7] Die pflichtmäßig bestellte Dos heißt in der neueren Terminologie dos *necessaria,* die freiwillig bestellte dos *voluntaria.*

### 3) Bestellung der Dos.

### §. 397.

#### a) Dotalversprechen [a].

Die Bestellung der Dos geschieht durch jeden Act, der das Vermögen des Mannes dotis causa vermehrt [1]. Eine Vermögensvermehrung liegt aber schon in dem Erwerb einer Forderung; daher wird durch das dem Manne zu diesem Zweck [b] geleistete Versprechen, *promissio* dotis [2], eine Dos schon wirklich bestellt [c]. Das Versprechen ist gültig auch ohne nähere Bestimmung des Gegenstandes, bei Dotationspflichtigen (§. 396.) schlechthin nach Maßgabe ihrer Dotationspflicht [d], bei andern Personen [3] als Versprechen nach billigem Ermessen [e]. Das Versprechen begründet für den Mann eine Klage auf Erfüllung, ex stipulatu actio [f], jedoch mit dem Charakter einer bonae fidei actio, zugleich gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Verpflichteten [g]. Auf Früchte und Zinsen des versprochenen Gegenstandes hat der Mann nach gesetzlicher Bestimmung Anspruch, wenn die Erfüllung bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Eingehung der Ehe verzögert worden ist, von diesem Zeitpunkt an zu rechnen [h], wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, daß schon früher durch Mahnung oder Klaganstellung ein solcher Anspruch erzeugt werde [4].

Anm. [1] Bei Ulp. VI. §. 1. wird unterschieden: dos aut datur aut dicitur aut promittitur. Ist diese Angabe als erschöpfend gedacht, so müßte unter dotis datio jede Bestellung einer Dos, die nicht durch dictio oder promissio geschah, verstanden sein (§. 398.). Manche glauben aber, daß Ulpian hier nur die gewöhnlichsten Fälle vor Augen gehabt habe, und deuten das „dos datur" im engern Sinn nur auf den Fall, wenn durch Gewährung von Eigenthum oder andern dinglichen Rechten eine Dos bestellt wurde. Czyhlarz in Linde's Ztschr. n. F. XX. S. 8. [A. 13.] und im Dotalrecht S. 92. Bechmann II. S. 49 fg. Dagegen Rudorff zu Puchta's Pand. §. 415. not. a. Brinz Pand. S. 1258.

[2] Die promissio dotis war ein Versprechen in Stipulationsform, die dotis dictio eine bestimmte mündliche Zusage (von Seiten der Frau selbst, ihres Vaters, oder ihres delegirten Schuldners) ohne vorhergehende Frage. Ulp. VI. 2. fragm. Vat. §. 99. 100. Gaii epit. II. 9. [al. 17.] §. 2. 3. Vgl. Meykow d. Diction der röm. Brautgabe. Dorpat 1850. Czyhlarz in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. VII. S. 243 fg. u. im Dotalrecht §. 33 fg. Bechmann II. §. 72 fg. vgl. Scheurl a. a. O. XI. S. 120 fg. [Voigt die XII Tafeln II. §. 123.] Die Dictio kam später außer Gebrauch und wurde dagegen selbst das formlose Versprechen der Dos für gültig erklärt. L. 4. Theod.

[a] Cod. de dotis promissione vel (et) nuda pollicitatione. 5. 11. [b] L. 23. D. h. t. 23. 3. [c] L. 33. 35. 71. D. de iure dot. 23. 3. L. 41. 44. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [d] L. 69. §. 4. D. h. t. 23. 3. [e] L. 3. Cod. h. t. 5. 11. cf. L. 1. eod. [f] L. 5. Cod. h. t. 5. 11. [g] L. un. pr. ... §. 1 d. (pr. §. 1.) Cod. de rei uxor. act. 5. 13. [h] L. 31. §. 5..8. (2.) Cod. de iure dot. 5. 12. cf. §. 208. A. 2. b. β.

Cod. de dot. 3. 13. L. 6. Just. Cod. h. t. 5. 11. Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacunque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio (L. 6. cit.: sive scripta fuerint, sive non, etiamsi stipulatio) in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta. Man hat hiernach behauptet, daß eine bloße Pollicitatio im technischen Sinn (§. 241.) genüge: Puchta §. 415. not. b. [Vgl. Karlowa Rechtsgeschäft S. 272.] Die L. 6. cit. berechtigt nicht dazu, spricht vielmehr dagegen; vgl. §. 241. A. 1. Man bediente sich hier wie in andern Stellen (rubr. Cod. h. t. 5. 11. und durch Interpolation für dictio in L. 1. pr. §. 1. (L. 1.) L. 13. Cod. de iure dot. 5. 12. L. 1. §. 8. D. de dot. collat. 37. 7.) des Wortes pollicitatio in dem allgemeinen Sinn von Versprechen, weil promissio an das Versprechen in Stipulationsform erinnerte. Natürlich genügt auch stillschweigende Acceptation von Seiten des Mannes, wie sie nach altem Recht bei der mündlichen Diction als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, wenn nicht ausdrückliche Annahme („accipio") erfolgte. Dies verkennt Meykow a. a. O., wenn er der Diction, weil nicht ausdrückliche Annahme erforderlich war, die Vertragsnatur abspricht und sodann auch das formlose Dotalversprechen des neueren Rechts als Pollicitatio im technischen Sinn ansieht. Fälle der dictio dotis sind noch in manchen Pandektenstellen deutlich zu erkennen, z. B. L. 25. 44. §. 1. L. 46. §. 1. 2. L. 57. 59. pr. D. h. t. 23. 3., und diese sprechen zugleich für die Vertragsnatur des Geschäfts. Vgl. Czyhlarz u. Bechmann a. a. O. und insbesondere über pollicitatio dotis jenen in §. 35., diesen in §. 75., auch Windscheid §. 495. A. 2. Rudorff zu Puchta a. a. O. und zu den Vorles. §. 415. A. 1. Brinz S. 1258. [Charakteristisch für die d. dictio ist die Initiative des Versprechenden, certa verba auf seiner Seite, Formlosigkeit der Annahme; mithin ist sie weder eine umgekehrte stipulatio, noch eine pollicitatio; sie ist kein einseitiger, wohl aber ein einseitig formeller Act; s. Kuntze Excurse 2. Aufl. S. 538 fg.].

[3] „Nur nicht zum Nachtheil der Frau?" Puchta §. 415. not. f. arg. L. 1. Cod. h. t. Frustra existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec praestita sit, cum neque species ulla nec (neque) quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum: quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit. Dagegen Hasse S. 370. „Von einem Versprechen der Frau selbst kann aber unmöglich ein anderes gelten", als was von dem Versprechen eines Dritten für die Frau L. 3. Cod. eod. ausspricht: Si quum ea, quae tibi matrimonio copulata est, nuberet, is, cuius meministi, dotem tibi, non addita quantitate, sed, *quodcunque arbitratus fuisset*, pro ea daturum se rite promisit et interpositae stipulationis fidem non exhibet, competentibus actionibus usus ad repromissi emolumentum iure iudiciorum pervenies; videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse. „War aber dagegen ohne alle nähere Bestimmung nur schlechthin eine Dos versprochen, ... so ... wurde dies als ein in die reine Willkür des Versprechenden gestelltes Angelöbniß betrachtet" (arg. L. 1. Cod. cit.), „ ... wenn nicht schon ohnehin eine im Recht anerkannte Verbindlichkeit, für die Person der Frau eine Dos zu bestellen, vorhanden war" (L. 69. §. 4. D. h. t.). Vgl. aber Seuffert's Arch. II. 189. Windscheid §. 495. A. 4. Czyhlarz Dotalrecht §. 29. Bechmann II. S. 64 fg., dazu jedoch Scheurl a. a. O. XI. S. 117 fg., welcher L. 1. und L. 3. so vereinigen will, daß durch das Dotalversprechen eines nicht Dotationspflichtigen nur dann, wenn er ausdrücklich auf sein Arbitrium Bezug nehme, eine Dos ex arbitrio boni viri bestellt werde (L. 3. cit.), dagegen das schlechthin ohne solchen Vorbehalt geleistete Versprechen

einer solchen Person nur als Bestellungs-, nicht als bestellendes Versprechen aufgefaßt werde (L. 1. cit.) — ? —

4 Vgl. darüber Sintenis III. §. 132. A. 68. Czyhlarz S. 105 fg. Bechmann II. §. 67. und dazu Scheurl a. a. O. S. 118. Brinz S. 1263.

## §. 398.
### b) Dotis datio.

Ohne Dotalversprechen kann eine Dos bestellt werden durch jede andere Art von Vermögenszuwendung an den Mann, welche in dieser Absicht gewährt und angenommen wird. Das ist *datio* dotis im weitern Sinn dieses Wortes (§. 397. A. 1.). Sie ist unterschieden von der Auszahlung der versprochenen Dos (numeratio dotis), als welche nicht mehr eigentlich Bestellung der Dos, sondern Erfüllung des dieselbe bestellenden Versprechens ist. Aber freilich bildet dann das, was der Mann durch die Erfüllung erhält, das Capital der Dos *.

Gegenstand der datio dotis aber, und so auch vorerst einer promissio dotis, kann überhaupt alles sein, was das Vermögen des Mannes mehrt; namentlich 1) Sachen, d. i. das Eigenthum derselben[a], auch etwa[1] nuda proprietas[b], nach Umständen zunächst bloß Usucapionsbesitz[c], und zwar vertretbare oder nicht vertretbare Sachen, die letzten insbesondere mit oder ohne eine Schätzung, aestimatio, welche im Zweifel die Bedeutung hat, daß die Summe der Schätzung den eigentlichen Gegenstand der Dos abgeben solle, als ob dem Manne dafür die Sachen verkauft seien[d] (res venditionis gratia aestimatae[2]), obwohl sie auch lediglich die Feststellung ihres gegenwärtigen Werthes bezwecken kann (res taxationis gratia aestimatae)[e]; 2) andere dingliche Rechte, iura in re aliena, sei es, daß solche als bestehende Rechte vom Berechtigten dem Manne, soweit dies möglich[3], überlassen oder zu Gunsten desselben als Eigenthümers der Sache aufgegeben, oder daß sie als jetzt erst entstehende Rechte vom Eigenthümer der Sache dem Manne eingeräumt werden[f]; 3) Forderungen, es sei gegen dritte Personen[4], durch Cession[g], oder gegen den Mann selbst[h], durch Schulderlaß[5]. So kann nun auch ein ganzer Vermögensinbegriff, z. B. das ganze Vermögen der Frau, zur Dos gegeben werden, wodurch aber keine Universalsuccession begründet wird[i].

Die Bestellung der Dos geschieht übrigens nach Verschiedenheit des Gegenstandes in der Weise, wie überhaupt das fragliche Recht einem

[a] L. 7. §. 3. D. h. t. 23. 3. cf. Gai. II. 63. [b] L. 4. D. eod. L. 17. 18. Cod. eod. 5. 12. [c] L. 6. §. 1. D. eod. cf. Dig. pro dote. 41. 9. fragm. Vat. §. 111. [d] L. 5. 10. Cod. h. t. 5. 12. L. un. §. 9..9 c. (§. 9.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. L. 14..16. 18. D. h. t. 23. 3. [e] L. 69. §. 7. D. eod. [f] L. 7. §. 2. L. 66. 78. pr. §. 1..3. eod. L. 57. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 12. §. 2. D. de usufr. 7. 1. [g] L. 49. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 2. Cod. de O. et A. 4. 10. [h] L. 41. §. 2. L. 43. pr. §. 1. L. 58. §. 1. D. h. t. 23. 3. [i] L. 4. Cod. h. t. 5. 12. L. 72. pr. D. h. t. 23. 3.

Andern gewährt wird [6]; sie kann auch dadurch geschehen, daß man einen deferirten Vermögenserwerb, z. B. eine Erbschaft, ein Vermächtniß, ablehnt, und dadurch dem Manne zuwendet [k].

Ausdrückliche Erklärung, etwas als Dos zu geben, ist zu deren Bestellung nicht erforderlich, wenn nur diese Absicht klar ist [l]; davon hängt es denn auch ab, ob das, was von Seiten der Frau zu ihrer und des neuen Haushalts Einrichtung eingebracht wird, die sog. **Aussteuer** oder **Ausstattung** [7], als Dos oder als Theil derselben anzusehen sei [m]. Auch ist stillschweigende Uebertragung [8] einer frühern Dos auf eine andere Ehe möglich [n].

Gegen unbillige Uebervortheilung eines Theils in Bestellung der Dos kann Restitution erlangt werden [o].

Anm. [* Die Empfangsbestätigung über numeratio d. hat einerseits den Charakter einer Quittung (§. 410. a. E.) und kann andererseits den eines — für die künftige Restitution wichtigen — Schuldbekenntnisses haben.]

[1] Diese beiden Wörtchen haben vermuthlich **Bechmann** (I. S. 8 fg. A. 1.) zu der Bemerkung veranlaßt, es lasse sich hier „eine gewisse Verlegenheit nicht verkennen", deren Grund er darin findet, daß es eine schwer zu beantwortende Frage sei, „wie die nuda proprietas im Stande sein solle, einen Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu gewähren". Das ist ungegründet. **Scheurl** a. a. O. IV. S. 5. **Czyhlarz** §. 25.

[2] Darüber **Czyhlarz** in Linde's Zeitschr. n. F. XX. 1. Dotalrecht §. 44..46. **Bechmann** II. §. 108 fg. [**Sternberg** §. 2 fg.] — Modification durch die Verabredung, daß es der Wahl des Mannes (was im Zweifel anzunehmen ist) oder der Frau vorbehalten sein solle, ob die Sachen selbst oder deren Schätzwerth als Dos zu behandeln: L. 10. in f. L. 11. D. h. t. 23. 3. cf. L. 11. D. de fundo dot. 23. 5. fragm. Vat. 114. — Nachträgliche Aestimatio? L. 12. pr. D. h. t. cf. L. 26. 27. eod. (§. 400.). — Ein verwandter Fall: L. 25. D. h. t. Si ei nuptura mulier, qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est (interpolirt für *dotem dixit?*): *pro Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti erunt* ... et liberatio contingit et decem in dotem erunt. — Ein anderer Fall: si mancipia in dotem aestimata accepisti et pactum conventum factum est, *ut tantidem aestimata divortio facto redderes:* L. 18. D. h. t. L. 66. §. 3. D. sol. matr. 24. 3. [**Sternberg** §. 5.] **Sarrazin** die dos aestimata (1883).

[3] So der Ususfructus nur der Ausübung nach (§. 179. not. m. n.), Emphyteuse und Superficies aber vollständig auch dem Rechte nach. Bei der Einräumung des Ususfructus in der einen oder andern Weise (not. f.) kann übrigens verabredet werden, daß erst die kraft dessen zu ziehenden Früchte das Capital der Dos bilden sollen, eine Verabredung, die ebenso auch bei Hingabe des Eigenthums vorkommen kann. L. 4. D. de pact. dot. 23. 4. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen. L. 7. §. 2. D. h. t. — Usus und Prädialservituten kommen in den Quellen nicht als Gegenstand der Dosbestellung vor; vgl. **Bechmann** II. S. 61 fg. **Czyhlarz** S. 98.

[4] Eine Forderung gegen einen Dritten kann dem Manne auch durch Novation zu-

[k] L. 14. §. 3. D. de fundo dot. 23. 5. cf. L. 5. §. 5. D. h. t. 23. 3. [l] L. 23. D. eod. [m] cf. L. 10. pr. D. eod. [n] L. 63. 64. eod. L. 19. 66. §. 5. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 30. D. h. t. 23. 3. [o] L. 6. §. 2. D. h. t. 23. 3.

gewendet werden, indem z. B. die Frau ihren Schuldner dem Manne expromittiren läßt. Da aber hier der Mann [durch das Versprechen der Frau, ihren Schuldner zu delegiren, nur ein Recht gegen sie, aber weder hiedurch, noch durch ihren an den Schuldner gerichteten Befehl, sondern] erst durch [die wirklich vollzogene] Expromissio ein Forderungsrecht [gegen den Schuldner] erlangte, so wird dies als dotis promissio (§. 397.) aufgefaßt. L. 36. 37. 56. pr. L. 78. §. 5. L. 80. 83. D. h. t. — Nach neuerem Rechte wird man freilich auch schon das Versprechen des Gläubigers, seinen Schuldner zu delegiren, als gültige Bestellung [soll heißen: datio] der Dos ansehen müssen, und wenn der letzte etwa zur Expromissio sich nicht herbeiließe, dem Manne doch das Recht auf Cession [richtiger: wie aus einer C.] beilegen.

5 Darüber vgl. insbesondere Czyhlarz §. 36 fg. Bechmann §. 77 fg. Ein Schulderlaß dotis causa konnte nach altem Recht auch durch dictio dotis geschehen. L. 25. 44. §. 1. L. 77. D. h. t. 23. 3. Czyhlarz S. 127 fg. Bechmann II. S. 113 fg., vgl. Scheurl XI. S. 126.

6 Als eine Art von datio dotis ist auch das dem Manne dotis causa gegebene Vermächtniß zu betrachten, wodurch dieser die Vermächtnißklage, nach Umständen auch sofort Eigenthum oder andere dingliche Rechte erhält; es ist verschieden von dem Vermächtniß der Dotation an die Frau (§. 396. not. a.), aber freilich enthält jenes zugleich auch ein solches Vermächtniß zu Gunsten der letzten. L. 48. §. 1. D. h. t. 23. 3. L. 71. §. 3. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 69. §. 2. D. de legat. I. Hasse S. 319..334. Czyhlarz §. 40. Bechmann §. 81. (vgl. §. 577.) Ueber Dosbestellung durch Ausschlagen eines deferirten Erwerbes: jener §. 39., dieser §. 80.

7 So z. B. wenn dem Manne vorher eine gewisse Aussteuer der Frau zugesichert war. Vgl. Arndts in Haimerl's Vjschr. V. S. 150 (civ. Schr. I. S. 207) fg. Die in frühern Ausgaben mit Puchta [§. 414. not. d.] angenommene Präsumtion für die Dotaleigenschaft der sog. Aussteuer wird aus guten Gründen angefochten von Bechmann „über die sog. dos tacita" in Bekker's Jahrb. V. 14., vgl. dessen Dotalrecht II. S. 136 fg. Czyhlarz §. 47. Vom Standpunkt des heutigen Rechts aber ist anderer Meinung Windscheid §. 494. A. 13.; dagegen Brinz S. 1260. Baron Pand. §. 332. S. 512. [2. Aufl.] Windscheid sagt: stillschweigende Bestellung der Dos sei in allen Fällen anzunehmen, „in welchen von der Frau oder von Seiten der Frau Vermögen ohne Vorbehalt in die Hand des Mannes gegeben wird". Aber ist denn dieses geschehen, wenn die Aussteuer der Frau einfach in die eheliche Wohnung gebracht wird?

8 Darüber Bechmann II. S. 138 fg. 404 fg. Czyhlarz §. 133 fg.

## §. 399.

### c) Zeit der Bestellung.

Das juristische Dasein der Dos ist bedingt durch gültigen Bestand der Ehe, für welche sie bestimmt ist[a]. Gleichwohl kann die Dos sowohl vor als nach Eingehung der Ehe bestellt und so auch die bereits bestellte Dos vermehrt werden, obgleich Schenkungen unter Ehegatten ungültig sind[b].

Geht die Bestellung der Dos der Ehe voraus, so kann diese in

a §. 395. not. c. L. 1. §. 2..4. D. pro dote. 41. 9. b L. 19. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. §. 395. not. b.

zweifacher Weise geschehen[1], je nachdem die künftige Eheschließung causa oder conditio ist. Es kann also 1) die Vermögenszuwendung an den Mann, welche den Inhalt der Dos ausmachen soll, an sich als sofort vollendete gewollt sein, nur im Hinblick auf die künftige Ehe (ob *causam futuram*), zu dem Zwecke nämlich, ut in dote sit. Alsdann kann, wenn die Ehe nicht erfolgt (causa non secuta), die dem Manne zugekommene Bereicherung durch Condictio (causa data causa non secuta) demselben wieder entzogen werden (§. 342.). So ist es im Zweifel aufzufassen, wenn Sachen (nicht venditionis gratia aestimatae) schon vor der Ehe dem Manne dotis causa übergeben werden; er wird sofort Eigenthümer, ist aber, wenn die Ehe nicht erfolgt, verpflichtet, die empfangenen Sachen dem Besteller zurückzugeben[c]. Es kann aber auch 2) die Vermögenszuwendung als stillschweigend bedingte gewollt sein, abhängig nämlich von der stillschweigend gesetzten Bedingung, wenn die Ehe wirklich erfolge. Alsdann ist die Vermögenszuwendung einstweilen noch unvollendet (in pendenti), und gelangt nicht zur Vollendung, wenn diese Bedingung nicht erfüllt wird, wird vereitelt, wenn entschieden ist, daß die fragliche Ehe nicht stattfinde, z. B. durch den Tod eines Verlobten oder durch Auflösung des Verlöbnisses[d]. So wird in der Regel angenommen, wenn eine Dos versprochen ist; das Dotalversprechen ist ein bedingtes Versprechen[e]; so auch das Versprechen von Seiten eines delegirten Schuldners[f]; erfolgt die Ehe nicht, so ist die Novation der alten Schuld vereitelt und diese besteht unverändert fort. So auch verhält es sich bei der Bestellung einer Dos durch Schulderlaß, selbst durch Acceptilatio[g], obgleich diese nach römischem Recht nicht ausdrücklich bedingt geschehen konnte[h]. Doch steht dem Besteller doli exceptio entgegen, wenn er etwa, so lange die Ehe noch zu erwarten ist (pendente conditione), die erlassene oder delegirte Schuldforderung noch einklagen will[i]. Aber es kann doch auch gewollt sein, daß der künftige Ehemann schon sofort vor der Ehe auf Entrichtung der versprochenen Dos klagen könne, daß die erlassene Schuld sofort getilgt sein solle[k], und dann muß, wenn die Ehe nicht erfolgt, ebenfalls Condictio auf Erstattung der Bereicherung Platz greifen[2]. Andererseits kann auch die Hingabe einer Sache gegen die Regel unter Nr. 1 als bedingte gemeint sein[l]. Alsdann

[c] L. 7. §. 1. L. 8. 9. pr. D. de cond. causa data. 12. 4. L. 7. §. 3. L. 8. 9. pr. D. h. t. 23. 3. cf. L. 10. D. de sponsal. 23. 1. L. 17. §. 1. L. 18. 19. pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. [d] L. 21. 22. L. 68. D. h. t. 23. 3. cf. L. 58. pr. 59. §. 2. eod. L. 7. §. 3. L. 9. pr. eod. [e] L. 21. 41. §. 1. L. 68. eod. L. 4. §. 2. D. de pact. 2. 14. cf. L. 48. pr. D. h. t. [f] L. 36. 37. eod. cf. L. 7. pr. D. de cond. causa data. 12. 4. [g] L. 43. D. h. t. [h] L. 77. D. de R. J. [i] L. 80. 83. D. h. t. cf. L. 44. §. 1. eod. [k] L. 10. D. de cond. causa data. 12. 4. [l] L. 7. §. 3. L. 9. r. D. h. t.

wird der Empfänger erst Eigenthümer, wenn die Ehe erfolgt (si nuptiae secutae sunt), und wenn diese Bedingung ausfällt, kann der Besteller die Sache sofort vindiciren[3], in der Zwischenzeit aber kann die Vindication gegen den Mann durch doli exceptio abgewehrt werden[m]. Ist eine Sache mit Schätzung kaufweise Gegenstand der Dos, so wird deren Bestellung als ein bedingter Verkauf (emtio venditio sub conditione, si nuptiae sequantur) behandelt[n], wobei der Mann für die Zwischenzeit die Gefahr der Verschlechterung, nicht die des Untergangs trägt, und welcher ganz rückgängig wird, wenn die Ehe nicht stattfindet[4].

Anm. [1] Darüber Czyhlarz §. 41..43. Bechmann II. §. 52. 53.

[2] In L. 10. cit. (not. k.) von Javolenus wird dies bezüglich der durch Acceptilatio bestellten Dos schlechthin als Regel aufgestellt, wohl aus dem Grunde, weil die Acceptilatio eine Bedingung nicht zuließ. In L. 43. D. h. t. (not. g.) aber wird die Acceptilatio von Ulpian in Uebereinstimmung mit Scävola nuptiis non secutis für nichtig erklärt. Dieser Stelle ist nun für das Justinianische Recht unbedenklich der Vorzug zu geben vor L. 10. cit., aber die Aufnahme der letzten dient doch zur Unterstützung, daß auch deren Auffassung noch zulässig ist, je nach der Intention der Parteien. Vgl. Czyhlarz S. 146. Bechmann II. S. 14 fg. Bezüglich des Dotalversprechens wird zwar nirgends eine gleiche Behandlung erwähnt, aber die Möglichkeit derselben ist dennoch nicht zu bezweifeln; es kann auch sehr im Interesse der Frau sein, daß der Mann den delegirten Schuldner, eben so auch den debitor cessus sofort belangen könne.

[3] Natürlich nur, wenn es sich um eine individuell bestimmte Sache (Species) handelt; in andern Fällen, so namentlich bei Geldzahlung, findet persönliche Klage statt.

[4] Waren die Sachen dem Manne schon übergeben, so kann der Besteller auch in diesem Falle vindiciren, aber auch mit persönlicher Klage nach Analogie von L. 20. D. de praescript. verb. 19. 5. die Rückgabe fordern. — Ueber andere Fälle der Dosbestellung, namentlich durch Vermächtniß und durch Ausschlagung eines Erwerbs, vgl. Czyhlarz S. 146 fg.

## §. 400.

### d) Nebenberedungen[1].

Bei Bestellung der Dos sind, wie bei andern Rechtsgeschäften, und in Beziehung darauf auch nachher noch verschiedenartige Nebenbestimmungen und Verabredungen möglich (*pacta dotalia*)[a], die jedoch an gewisse Schranken gebunden sind[2]. Wer freiwillig, ohne dazu verpflichtet zu sein, aus seinem Vermögen[3] für die Frau eine Dos bestellt, kann vor oder bei der Bestellung beliebige Bestimmungen treffen (rei suae legem dicere), insbesondere den Rückfall für sich selbst, seine Kinder oder Erben vorbehalten, oder die Rückgabe an einen Dritten versprechen

[m] L. 7. cit. in f. [n] L. 10. §. 4. 5. L. 17. §. 1. D. h. t. cf. L. 2. D. pro dote. 41. 9. L. 2. D. pro emt. 41. 4.

[a] Dig. de pactis dotalibus. 23. 4. Cod. de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis. 5. 14.

lassen, auch dem Manne größere Vortheile einräumen, als ihm der Regel nach zustehen[b]. Allein:

1) wenn bestimmt würde, daß der Mann und dessen Erben unter allen Umständen die Dos behalten sollen, so würde in der That ein Dotalverhältniß dadurch nicht begründet werden[4].

2) Das durch Bestellung der Dos, wenn auch nur durch Versprechen (§. 397.), einmal begründete Dotalrecht der Frau kann der Besteller nicht mehr willkürlich durch andere Verabredungen schmälern[c], nicht dotis causam deteriorem facere[5].

3) Der Dotationspflichtige (§. 396.) kann auch vor oder bei Bestellung der Dos nicht willkürlich der Frau nachtheilige Verabredungen treffen. So namentlich nicht der Vater[d]. Doch kann auch dieser einseitig den Rückfall der Dos stipuliren, vor oder sogleich nach der Bestellung, und selbst später noch vor Eingehung der Ehe[e], wenn die Tochter sich in seiner Gewalt befindet[6]. Auch kann derselbe rechtsgültig zugestehen, daß nach Auflösung der Ehe durch den Tod der Tochter die Dos dem Manne verbleibe, obgleich dies nach Justinianischem Recht zum Nachtheil der Erben der Frau ist[f].

4) Bezüglich der einmal bestellten Dos kann nach Eingehung und vor Auflösung der Ehe[7] auch die Frau selbst dem Manne keine ihr unvortheilhafte Aenderung einräumen[g], ausgenommen für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod der Frau oder durch Scheidung, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden sind[h 7a].

5) Unzulässig sind überhaupt solche Verabredungen, welche dem Wesen des Dotalverhältnisses zuwider oder unanständig sind, z. B. daß auch die Früchte dotal sein sollen[i], was jedoch nicht die Verabredung ausschließt, daß erst die zu ziehenden Früchte das Capital der Dos bilden sollen (§. 398. A. 3.), sodann daß der Mann für nothwendige Verwendungen keinen Abzug machen[k] oder nur für Dolus haften solle[l], sowie auch der Verzicht des Mannes auf die Rechtswohlthat der Competenz[m] oder das Versprechen, wegen Entwendung nicht zu klagen[n 8].

Anm. 1 Vgl. Bechmann II. §. 142..148. Czyhlarz §. 128..131. Windscheid §. 506. Brinz §. 277..279. Beldimano de pactis dotalibus secd. ius rom. (Berlin 1877.)

[b] L. 20. §. 1. D. h. t. 23. 4. L. 29. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. L. 6. 8. Cod. de iure dot. 5. 12. cf. L. un. §. 13..13c. (§. 13.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. L. 29. §. 1. D. h. t. [c] L. 20. §. 1. D. h. t. cf. L. 7. eod. L. 6. Cod. h. t. [d] L. 7. pr. L. 19. D. eod. L. 3. Cod. eod. [e] L. 29. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 28. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. un. §. 13b. c. (§. 13. in f.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. [f] L. 12. pr. D. h. t. 23. 4. cf. L. un. §. 6. Cod. l. c. (§. 405.) [g] L. 14..18. 21. 29. pr. D. h. t. L. 26. D. de iure dot. 23. 3. [h] L. 2. D. h. t. L. 3. Cod. eod. L. 1. §. 1. D. de dote praeleg. 33. 4. [i] L. 4. D. h. t. [k] L. 5. §. 2. eod. [l] L. 6. eod. [m] L. 14. §. 1. D. sol. matr. 24. 3. [n] L. 5. §. 1. cf. L. 20. pr. D. h. t. 23. 4.

[2] Als ein Grund solcher Beschränkung wird das öffentliche Interesse angegeben. L. 2. D. de iur. dot. 23. 3. Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. L. 1. D. sol. matr. 24. 3. Dotium causa semper et ubique praecipua est, nam et publice interest, dotes mulieribus conservari; quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. Beide Stellen beziehen sich zunächst nur auf Erhaltung der bestellten Dos für die Frau (*salvas habere, conservari*); bekanntlich suchte die lex Julia de marit. ord. auch die Wiederverheirathung zu befördern; aber aus derselben Rücksicht zeigt sich im R. R. überhaupt ein favor dotium.

[3] Daher z. B. nicht, wer als von der Frau delegirter Schuldner dotem dicebat vel promittebat (§. 397. A. 1. §. 398. A. 4.).

[4] Unhaltbar ist die Meinung, eine solche Nebenberedung sei schlechthin nichtig, ändere also nichts an dem regelmäßigen Dotalrecht; der freiwillige Besteller könne nur sich die Rückgabe ausbedingen, aber, wenn er dies nicht wolle, nicht durch ein Pactum für die Frau, d. h. anstatt „der Frau und zwar gegen die Frau" die dotalrechtliche Rückforderung derselben ausschließen. Brinz S. 1280 fg. 1282 fg. Wer zu nichts verpflichtet dem Mann, der sonst vielleicht nicht heirathen kann oder mag, „für die Frau, oder anstatt der Frau" ein Vermögen zubringt mit der Abrede, daß es diesem jedenfalls verbleiben solle, der bestellt eben keine Dos, wenn er es auch so nennt, oder ausdrücklich erklärt, es geschehe, um ihm die Last der Ehe zu erleichtern. Deshalb gegen seinen Willen dennoch der Frau ihr Dotalrecht zu geben, das kann durch den publicistischen Charakter der Dos gewiß nicht gerechtfertigt werden, so wenig, wie der Frau ein Recht daraus entstand, wenn der Besteller die Rückgabe der Dos für sich stipulirte und bald hernach acceptoferirte. Demnach ist auch die Gültigkeit der Gewährung einer weitern Frist der Rückgabe hier nicht zu beanstanden.

[5] Auch nicht vor Eingehung der Ehe? Jedenfalls dann nicht, wenn in der Bestellung der Dos eine beabsichtigte Schenkung an die Frau sich vollzieht, wo eigentlich diese die Bestellerin ist. L. 33. in f. D. de iure dot. 23. 3. L. 6. 9. pr. D. de cond. causa data. 12. 4. Aber auch sonst spricht man dem fremden Besteller nach vollendeter Bestellung der Dos dieses Recht ab. Daß in L. 29. pr. D. sol. matrim. 24. 3. dem Vater, der vor der Ehe die Dos bestellte, bis zur Eingehung der Ehe gestattet wird, ohne Einwilligung der Tochter noch für sich die Rückgabe zu stipuliren, erklärt man daraus, daß der Vater die Ehe der in der Gewalt befindlichen Tochter noch hindern kann [cf. L. 5. §. 14. D. 23. 3.], daher sei dem fremden Besteller nicht dasselbe einzuräumen. Vgl. dieses Lehrb. in der 6. Aufl. Windscheid §. 506. A. 4. Dagegen aber erklärt sich Czyhlarz S. 443. A. 3., weil erst durch die Ehe mulieri dos acquisita sei, bis dahin nur zwischen dem Mann und dem Besteller ein Rechtsverhältniß bestehe, diesem non secutis nuptiis die Condiction zustehe. Allein wenn die Verlobte die für sie bestellte Dos, d. i. ihre Dotation, acceptirt hat, muß doch behauptet werden, daß der Besteller ihr wenngleich noch durch Eingehung der Ehe bedingtes Dotalrecht nicht mehr willkürlich ändern könne, so wenig wie der Schenker die bedingte Schenkung. Dies paßt nicht auf den Vater, in dessen Gewalt die Tochter steht (und einen solchen hat doch wohl L. 29. pr. cit. im Auge), als welcher auch die vollzogene Schenkung willkürlich zurücknehmen kann.

[6] [Dieser mehrdeutige Satz ist wohl so zu verstehen: „Doch kann ... stipuliren 1) vor oder sogleich nach der Bestellung, 2) selbst später noch, jedoch dieses letztere nur unter der doppelten Voraussetzung, a) daß es noch vor Eingehung der Ehe geschieht,

und b) die Tochter sich in seiner Gewalt befindet". Vgl. (namentlich wegen L. 29. cit.) die vorige Anmerkg. und Göschen III. 1. S. 87. Eben wegen der dort gegebenen Begründung leugnet die heutige Geltung des Satzes 2) Windscheid a. a. O., da heute dem Vater eine solche Macht nicht zusteht.] Der L. 29. pr. cit. scheint zu widersprechen L. 40. D. sol. matr. 24. 3., indem jene die Stipulation des Vaters mit Einwilligung der Tochter auch nach Eingehung der Ehe gelten läßt, diese ihr der Frau gegenüber die Wirksamkeit abzusprechen scheint. Der Widerspruch löst sich durch richtige Interpunction: „Post dotem datam et nuptias contractas stipulatus est pater, filiae voluntate divortio facto dotem dari" anstatt „... pater filiae voluntate, divortio facto etc." Czyhlarz S. 445. Anders die Basil. XXVIII. 8. cap. 38. (Heimb. III. p. 276): „παρὰ γνώμην τῆς θυγατρός", d. i. sine oder non ex filiae voluntate". (Mommsen ad h. l. Dig. I. p. 725.)

7 Da vor Eingehung der Ehe unter Verlobten Schenkungen zu Recht bestehen, wäre es consequent, daß auch die Braut bezüglich der von ihr bestellten Dos ihr nachtheilige Zugeständnisse machen könne (vgl. A. 4.). Aber in L. 17. D. h. t. wird doch ausdrücklich einem vor Eingehung der Ehe unter den Verlobten eingegangenen das künftige Dotalrecht der Frau schmälernden Pactum bezüglich der nach Eingehung der Ehe zu entrichtenden Dos die Wirksamkeit abgesprochen.

[7a Dieses „wenn" geht auf beide Fälle. L. 1. §. 1. D. de dote praeleg. 33. 4.: ... quod est admissum, posse deteriorem condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, toties locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit vel divortium intervenit. Göschen S. 86. Windscheid §. 506. Z. 2.]

8 Als unstatthaft wird es auch bezeichnet, daß die Frau sich vom Manne für künftige Rückgabe der Dos Bürgen stellen lasse. L. 1. 2. Cod. ne fideiussores vel mandatores dotium dentur. 5. 20. Jedoch ist bestritten, daß die freiwillig gestellte Bürgschaft unverbindlich sei, weil diese Stellen nur das Verlangen der Bürgenstellung verbieten. Girtanner Bürgschaft S. 145. Keller §. 403. a. E. Aber nicht nur L. 1. Theod. Cod. de fideiuss. dot. 3. 15., sondern auch die unzweifelhafte Interpolation in L. 7. pr. D. de except. 44. 1. („mariti fideiussor *post solutum matrimonium datus*") spricht für die strengere Erklärung. Vgl. auch Czyhlarz §. 116. Nur darf man wohl annehmen, daß der freiwillig ohne Rückanspruch an den Mann sich Verbürgende (fideiussor non a marito datus) sich gültig verpflichte.

### 4) Rechtsverhältnisse der Dos.

#### a) Während der Ehe.

##### *α*) Rechte des Mannes.

### §. 401.

Während der Ehe bildet die Dos einen Bestandtheil des Vermögens des Mannes; die Rechte, welche das Capital der Dos ausmachen, sind Rechte des Mannes, dem sie eben dotis causa zugewendet sind. Sind also Sachen zur Dos gegeben, so ist der Mann deren Eigenthümer[a];

a L. 7. 13. §. 2. D. de fundo dot. 23. 5. L. 47. §. 6. D. de peculio. 15. 1. L. 23. Cod. h. t. 5. 12. cf. §. 398. not. a. b.

er hat die rei vindicatio in Ansehung derselben und andere dem Eigenthümer zustehende Klagen[b]; er benützt sie als Eigenthümer, hat aber auch deren Lasten zu tragen[c]; er erwirbt als Eigenthümer auch von selbst den Zuwachs der Dotalsachen, jedoch, abgesehen von den Früchten, eben als Zuwachs der Dos[d], und dies gilt denn auch von der einen Hälfte des im Dotalgrundstück gefundenen Schatzes[e]. Die Eigenschaft der Sachen als Dotalsachen hat überhaupt nur dadurch rechtliche Bedeutung, daß die Dos späterhin gewiß oder doch vielleicht zurückzugeben ist, und dieserhalb hat der Mann bezüglich derselben den ihm sonst eigenen Grad der Sorgfalt (diligentiam quam suis rebus adhibere solet) zu bewähren, wegen dessen Versäumung er, wenn später die Dos zurückzuerstatten ist, verantwortlich wird[f].

Anm. Bechmann Dotalrecht I. S. 150 fg. II. S. 146 fg. hat die Frage aufgeworfen und für den Fall, daß die Rückgabe der Dos nicht stipulirt war, verneinend beantwortet, ob während der Ehe schon eine (bedingte oder befristete) Obligatio zur Rückgabe bestehe? vgl. Ihering Geist des R. R. III. 1. S. 189. (2. Aufl. S. 195.) Czyhlarz §. 63..65. Die Frage ist practisch unerheblich; vgl. aber auch Scheurl a. a. O. VI. S. 30 fg. XI. S. 126 fg. Brinz S. 1265 fg. [Appelius (s. hier §. 405. A. 2.) S. 60.]*

## §. 402.

Als Eigenthümer kann der Mann Dotalsachen auch gültig veräußern[a]. Gesetzlich verboten aber ist dieses in Beziehung auf Dotalgrundstücke[b]. Sowohl die unmittelbare Veräußerung als die Verpfändung derselben, selbst mit Einwilligung der Frau[1], ist nichtig[c 2], und dies gilt auch[d] von partieller Veräußerung durch Einräumung dinglicher Rechte an dem Grundstück oder durch Aufgeben damit verbundener Rechte[3]. Das Verbot tritt in Anwendung, sobald das Grundstück als dotales zum Vermögen des Mannes gehört[e], auch schon vor der Ehe, wenn dem künftigen Manne das Eigenthum dotis causa übertragen ist[f], und wirkt auch nach Auflösung der Ehe[g] noch bis zur Restitution der Dos[4]. Es findet keine Anwendung 1) wenn das Grundstück mit

[b] L. 25. D. de act. rer. amot. 25. 2. L. 49. §. 1. D. de furt. 47. 2. L. 11. Cod. de iure dot. 5. 12. [c] L. 7. pr. L. 10. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. Cod. eod. 5. 12. [d] L. 10. §. 1. 2. 3. L. 69. §. 9. D. l. c. [e] L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. [f] L. 17. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 24. §. 5. D. sol. matr. 24. 3. cf. §. 406. A. 2.

[a] L. 61. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 3. Cod. eod. 5. 12. L. 1. 7. Cod. de servo pign. dato man. 7. 8. cf. L. 3. §. 2. D. de suis. 38. 16. L. 61. D. soluto matr. 24. 3. [b] Dig. de fundo dotali. 23. 5. Cod. 5. 23. [c] pr. J. quib. alien. lic. 2. 8. L. un. §. 15..15 c. (§. 15.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. L. 42. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. h. t. 23. 5. cf. §. 162. A. 4. §. 132 not. c..f. [d] L. 5. 6. D. eod. [e] Gai. II. 63. L. 13. §. 2. D. h. t. L. 3. pr. L. 9. 14. eod. [f] L. 4. eod. [g] L. 12. pr. eod.

Schätzung venditionis gratia zur Dos gegeben ist, so daß nur der Schätzwerth, oder auch nach Wahl des Mannes, nicht nach Wahl der Frau, dieser oder das Grundstück in dote sein soll[h]; 2) wenn das Grundstück durch gültige Umwandlung der Dos oder aus anderem Grunde aufhörte Dotalgegenstand zu sein[i]; 3) wenn nicht die Frau oder deren Erbe die Anwartschaft auf den Rückfall der Dos hat[k]; 4) wenn die Veräußerung nicht durch den Willen des Mannes oder seines Universalsuccessors stattfindet[l 5]; 5) wenn die Frau unter eidlicher Bestärkung ihre Einwilligung zur Veräußerung gegeben hat[m]. Auch wird die anfänglich ungültige Veräußerung gültig, wenn sie nach Auflösung der Ehe von der Frau oder ihren Erben genehmigt wird[n] oder aus anderem Grunde für sie das Recht, dieselbe als ungültig anzufechten, wegfällt[o].

Anm. [1] Eine Bestimmung der lex Julia de adulteriis [v. J. 18 v. Chr.], die für sich als lex Julia de fundo dotali bezeichnet wird, verbot zuerst die Veräußerung des Dotalgrundstücks ohne Einwilligung der Frau, nur die Verpfändung auch mit Einwilligung derselben. Pauli sentt. II. 21 b. §. 2. Gai. II. 63. L. 1. pr. D. h. t. vgl. L. 12. §. 1. eod. und die Inscription von L. 2. 6. 12..14. eod. Erst Justinian hat jede Veräußerung auch mit Einwilligung der Frau verboten und zugleich entschieden, daß dieses Verbot ebensowohl auf Provinzialgrundstücke, wie auf italische Anwendung finde. L. un. §. 15..15c. (§. 15.) Cod. de rei ux. act. 5. 13. pr. J. quib. alien. lic. 2. 8. Vgl. Bachofen ausgewählte Lehren S. 89..118. Czyhlarz in Linde's Ztschr. n. F. XXII. 11. u. im Dotalrecht §. 56..60. Bechmann II. S. 445..463.

[2] Streitig ist, ob der Mann während der Ehe selbst auch das veräußerte Grundstück vindiciren könne? Da nach not. c. „maritus alienandae rei potestatem non habet", und „venditio non valet", so ist die Frage zu bejahen. Die künftige Möglichkeit der Convalescenz (not. o.) kann nicht jetzt schon eine doli exceptio gegen den Mann begründen, zumal dieser für Erhaltung des Grundstücks noch verantwortlich ist. Falsch ist der Schluß: „zudem wird ausdrücklich bezeugt, daß selbst nach dem Tode der Frau dem Mann, welcher die Dos lucrirt, kein Rechtsmittel zusteht, um so weniger schon vorher" (Bachofen S. 108.), wenn es vorher noch ungewiß ist, ob er die Dos lucrirt, und L. 13. §. 3. D. h. t. (Heredi quoque mulieris idem auxilium praestabitur, quod mulieri praestabatur) und L. 77. §. 5. D. de legat. II. (A. 4. a. E.) beweisen nicht, daß nur die Frau und deren Erbe, und jene sofort nach der Veräußerung die Vindication (rescissa alienatione) habe (Bachofen S. 107..112.). Doch auch wieder andrer Meinung Fitting im civ. Arch. XLII. 8. Nr. 2. [S. 167 fg.]. Seuffert's Arch. IX. 169., prakt. Arch. V. S. 146 fg. Dagegen Vangerow §. 217. A. 3. (7. Aufl. I. S. 397.). Wenn dieser „einen allenfalls auch durch Retention geltend zu machenden Anspruch auf volle Evictionsleistung" gegen den Mann zugibt, so kann man dem nur beistimmen für den Fall, daß der Käufer die Eigenschaft des Dotalgrundstücks nicht

[h] L. 11. eod. cf. L. 10. §. 6. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 23. L. un. §. 15 c. (§. 15. i. f.) cit. [i] L. 26. 27. D. de iure dot. 23. 3. L. 56. §. 3. eod. cf. L. 5. pr. D. de impens. 25. 1. [k] L. 3. §. 1. D. h. t. cf. L. 17. eod. [l] L. 1. 2. eod. L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. L. 2. Cod. h. t. [m] Cap. 28. X. de iureiur. 2. 24. §. 240. not. c. [n] arg. L. 77. §. 5. D. de legat. II. L. un. §. 15..15 c. (15.) cit. [o] L. 17. D. h. t. 23. 5. L. 42. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 9. §. 3. L. 10. in f. D. h. t.

konnte (§. 308. not. n.); den Preis aber kann der Käufer natürlich jedenfalls zurückverlangen (§. 345. A. 2. b.). Vgl. nun auch Bechmann II. S. 457 fg. Czyhlarz in Linde's Zeitschrift n. F. XXII. S. 430 fg. u. im Dotalrecht S. 204 fg. Rudorff zu Puchta §. 417. not. l. Windscheid I. §. 172a. A. 2. II. §. 497. A. 13. Doch wieder a. M. Brinz S. 1283., welcher besonderes Gewicht auf L. 42. D. 41. 3. legt, worin der Verkauf eines Dotalgrundstücks mit dem nichtigen Verkauf einer res furtiva zusammengestellt werde. Wie aber daraus zu entnehmen, daß erst, nachdem der Mann die Dos lucrirt hat, an eine Vindication desselben zu denken sei, sehe ich nicht ein. Daß dieser, da venditio non valet, Eigenthümer blieb, also ipso iure schon während der Ehe vindiciren konnte, ist ja unbestritten; es fragt sich nur, ob dieser Vindication jetzt schon doli exceptio entgegenstehe? Diese zu begründen genügt es nicht, daß die Vindication gegen des Mannes eigenes Factum verstößt. Vielmehr macht sich m. E. derselbe einer zweiten Pflichtverletzung schuldig, wenn er das Grundstück ruhig in der Hand des Käufers läßt und der Gefahr wesentlicher Veränderung oder Devastation durch denselben aussetzt.

[3] Durch das Veräußerungsverbot wird auch der Verlust dinglicher Rechte durch Nichtausübung (not. d.), sowie der Verlust des Eigenthums durch Ersitzung ausgeschlossen (L. 42. not. c. cit. §. 162. A. 4. a.), jedoch nicht die schon vorher begonnene Ersitzung unterbrochen. L. 16. D. h. t. (Tryphoninus.) Si fundum, quem Titius possidebat bona fide (et) longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset, rem periculi sui fecit. Nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat etiam ad huiusmodi adquisitionem, non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, iam coeperat. Plane si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerunt, nihil erit, quod imputabitur marito. Die Interpolationen dieser Stelle sind handgreiflich (§. 157.); es hätte aber noch der ganze Mittelsatz: *nam* .. *coeperat* wegbleiben und das übrige in den Titel *de iure dotium* oder *soluto matrimonio* gestellt werden sollen. Tryphoninus hatte die Uebertragung des Eigenthums durch Mancipatio oder In jure cessio, ohne Besitzübertragung, vor Augen; nach Justinianischem Recht aber konnte das Grundstück gar nicht ohne diese, also nicht ohne Unterbrechung des bisherigen Usucapionsbesitzes, dotal werden, es sei denn durch Vermächtniß des Eigenthümers; die Frau konnte nur etwa ihre rei vindicatio gegen den Usucapionsbesitzer dotis causa abtreten, wodurch natürlich die Usucapion des letzten nicht unterbrochen wird. Uebrigens vgl. noch §. 411.

[4] Eine ungültige Veräußerung ist auch das Vermächtniß des Dotalgrundstücks durch den Mann. Wenn aber die Frau selbst zum Erben eingesetzt ist, so muß sie das Vermächtniß anerkennen, soweit sie nach Abzug der Vermächtnisse noch Befriedigung ihres Dotalanspruchs in der Erbschaft findet. L. 13. §. 4. D. h. t. Bachofen S. 97. Bechmann II. S. 461. Czyhlarz S. 201. A. 3. Einen andern Fall betrifft L. 77. §. 5. D. de legat. II. Qui dotale praedium contra legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit et emtoris fidei commisit, ut amplius ei pretium restituat: emtorem fideicommissi non teneri constabat; si tamen accepto legato mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio doli placuit exceptione summoveri. Vgl. not. n. Bechmann a. a. O. Czyhlarz S. 207. A. 7.

[[5] Doch können die Gläubiger des Mannes den fundus dotalis nicht in Execution ziehen. Czyhlarz Dotalrecht S. 203. A. 12.]

## §. 403.

Wird dem Manne, was ihm zur Dos gegeben worden, durch einen Andern abgestritten, so kann er dieserhalb gegen den Besteller Anspruch auf Ersatz machen, wenn dieser entweder bei der Bestellung einen Dolus begangen, oder die Dos zuvor versprochen hatte, welches Versprechen denn durch Hingabe des evincirten Gegenstandes nicht gehörig erfüllt worden ist; sind ihm venditionis causa geschätzte Sachen gegeben, so hat er Anspruch auf Evictionsleistung nach den Regeln des Kaufes [1]. War die Dos von einer der Frau zur Dotation verpflichteten Person, ohne Versprechen an den Mann, bestellt, so kann die Frau im Falle der Eviction auf bessere Erfüllung der Verbindlichkeit klagen, der Mann nur, sofern ihm etwa die Frau ihren Dotationsanspruch abgetreten hat [2]. Ist dagegen durch Zufall das Empfangene dem Manne verloren gegangen, so kann weder er noch die Frau auf Bestellung einer neuen Dos (Redotation) für dieselbe Ehe Anspruch machen [3].

Anm. [1] Die angegebenen Fälle werden genau unterschieden in L. 1. Cod. de iure dot. 5. 12. (Sever. et Antoninus.) Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio (ursprünglich *dictio?*) vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione (ursprünglich: *ex dictione?*) vel ex stipulatione agere potest (cf. L. 34. D. de iure dot.). §. 1. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem eius, si quidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio (cf. L. 16. D. l. c. fragm. Vat. §. 105. L. 49. §. 1. D. sol. matr. 24. 3.). §. 2. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio (cf. L. 69. §. 7. D. de iure dot.). Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit, nisi a muliere dolus interpositus sit; tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit. — Mit Unrecht hat man den ersten Satz dieser Stelle von einem besondern Versprechen der Evictionsleistung verstanden, wie es in L. 52. D. h. t. 23. 3. vorkommt; er setzt *dotis* pollicitatio vel promissio voraus. Vangerow §. 217. A. 2. Es kann hier nicht schlechthin auf Ersatz der evincirten Sache, sondern nur auf Erfüllung des wirklich nicht erfüllten Dotalversprechens geklagt werden, was dann, wenn dieses nicht auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet war (§. 397. not. d. e.), einen erheblichen Unterschied machen kann. Uebereinstimmend hiermit hielt noch Bekker im Jahrb. VI. S. 262 fg. den Streit über die Erklärung der L. 1. Cod. cit. für ausgekämpft. Seitdem aber hat Windscheid §. 495. A. 5. behauptet, nach neuerem Recht (§. 397.) sei gleichwohl in jedem Falle, auch ohne vorausgegangenes Dotalversprechen, dem Manne ein Evictionsanspruch zuzuerkennen, weil in der datio dotis zugleich eine verpflichtende Erklärung, den Gegenstand in dotem geben zu wollen, liege, und hält diese Ansicht auch in der 2. (und ebenso in der 5.) Ausg. gegenüber dem Widerlegungsversuch von Arndts in civ. Arch. L. 9. noch fest. Dagegen Czyhlarz §. 61. Baron Pand. §. 335. Brinz Pand. S. 1263 fg. Der letzte aber vertheidigt nun wiederum die ältere Meinung, wornach die zu Anfang der L. 1. cit. erwähnte pollicitatio vel promissio nur von

einem pactum de praestanda evictione verstanden wird, und behauptet, daß ohne solches Versprechen weder bei der promissio noch bei der datio dotis der Besteller ohneweiters evictionspflichtig sei. Ein Hauptgrund dafür, der aus dem Worte „interposita" hergenommen ist (vgl. in L. 13. Cod. de iure dot. „intercessit"), scheint mir nicht gewichtig. Vgl. Arndts civ. Schr. I. S. 487 fg. [Vgl. zu L. 16. und L. 52. cit. auch Sternberg §. 3. — Vgl. übhpt. noch Sarrazin §. 6.]

[2] Viele leugnen eine Verbindlichkeit zur Erneuerung der sog. dos necessaria mit Glück XXV. S. 90 fg. (gegen seine eigene frühere Meinung XX. S. 209.). Vangerow §. 217. A. 2. a. E., arg. L. 71. D. de evict. 21. 2. Die Unrichtigkeit dieser Meinung ist handgreiflich, wenn man an den Fall denkt, daß der Verführer (§. 396. not. d.) eine fremde Sache in dotem gegeben hätte. Bezüglich der Eltern möchte man sie etwa damit vertheidigen, daß ihre Dotationspflicht nur zum Zweck der Ermöglichung der Ehe der Tochter angenommen sei (L. 19. D. 23. 2.), also nach Eingehung der Ehe wegfalle. Aber wenn dann der Mann, weil er in der That keine Dos erhalten hatte, sich scheiden wollte? sollte das Begehren der Tochter, daß der Vater in Wahrheit eine Dos bestelle, nicht Gehör finden? Man darf hier nur überall nicht von einer Evictionsverbindlichkeit des Bestellers und von einem unmittelbaren Evictionsanspruch des Mannes reden. Vielleicht kann dem Vater jetzt nur eine geringere Dos zu geben, vielleicht gar keine zugemuthet werden, weil er um den Betrag des zuerst Gegebenen weniger reich ist. Doch stimmt ganz dagegen Czyhlarz §. 62. Hingegen will Bekker a. a. O. sogar ohneweiteres dem Mann einen Evictionsanspruch zugestanden haben, arg. L. 34. D. de iure dot. Dagegen vgl. Arndts a. a. O. S. 484 fg. Czyhlarz S. 212.

[3] Manche behaupten auch hier eine Redotationspflicht, z. B. Thibaut 8. Aufl. §. 336. a. E. Dagegen Vangerow §. 216. A. 2. [Vgl. Czyhlarz S. 177 fg.]

## §. 404.

### β) Rechte der Frau.

Die Frau hat während der Ehe an dem Gegenstande der Dos unmittelbar kein Recht; er ist ein Bestandtheil des Vermögens des Mannes[a]. Allein ihr Vortheil ist es doch, daß sie mit einem Heirathsgute ausgestattet (dotata uxor) ist, das dereinst an sie oder ihre Erben zurückfallen kann. Insofern[1] wird die Dos schon jetzt als der Frau gehörend (quasi patrimonium mulieris) angesehen[b], und gilt diese bezüglich der Befreiung von Cautionen[c] sogar schon jetzt als Besitzerin der Dotalgrundstücke[2], kann auch wegen Eviction des zur Dos Gegebenen gegen ihren Auctor klagen[d]. — Zur Sicherung ihrer Rechte kann sie auch schon während der Ehe die Dos zurückfordern, oder Sequestration der letzten verfügt werden, wenn der Mann in Vermögensverfall oder gar in Concurs geräth[e], oder durch Verschleuderung die Dos gefährdet[f],

[a] L. 23. Cod. de iure dot. 5. 12. [b] L. 75. D. de iure dot. 23. 3. L. 4. D. de collat. 37. 6. L. 3. §. 5. D. de minor. 4. 4. L. 16. D. de relig. 11. 7. cf. L. 24. §. 5. D. sol. matr. 24. 3. [c] L. 15. §. 3. D. qui satisd. cog. 2. 8. cf. L. 21. §. 4. D. ad municip. 50. 1. [d] L. 75. cit. cf. L. 71. D. de evict. 21. 2. L. 22. §. 1. L. 24. eod. [e] L. 24. pr. D. sol. matr. 24. 3. L. 29. 30. §. 2. (L. 30. c. f.) Cod. de iure dot. 5. 12. [f] L. 22. §. 8. D. sol. matr.

wodurch jedoch diese ihrer Bestimmung ad onera matrimonii ferenda nicht entzogen wird[3]. Außerdem ist während der Ehe die Rückgabe der Dos an die Frau sogar unverbindlich als Schenkung[4] unter Ehegatten[g]; und dieselbe befreit den Mann auch nicht von der Haftung wegen Restitution der Dos nach Auflösung der Ehe, sie wäre denn zum wirklichen Vortheil der Frau oder zu einem Zwecke geschehen[h], der die Anfechtung der vorzeitigen Rückgabe als unsittlich erscheinen läßt[5].

Anm. [1] L. 75. D. de iure dot. Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est; et merito placuit, ut si in dotem fundum inaestimatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. Porro cuius interest non esse evictum, quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, huius etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur; cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet. Justinian sagt in L. 30. pr. (L. 30.) Cod. h. t. 5. 12. von den Dotalsachen sogar: daß sie „et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio; non enim, quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est". Dagegen L. 23. Cod. h. t. 5. 12. Si praedium uxor tua dotale venum dedit, sponte nec ne contractum habuerit, nihil interest, cum rei tibi quaesitae dominium auferre nolenti minime potuerit. Ein alter Streit (schon von den Glossatoren her: Haenel dissens. dominorum pag. 436 sq.) ist es hiernach, wer während der Ehe Eigenthümer der Dotalsachen sei? Viele legten der Frau allein das Eigenthum bei, oder gaben ihr ein sog. dominium naturale oder dormiens neben dem dominium civile des Mannes. Die richtige Ansicht, daß der Mann allein der wahre Eigenthümer sei, namentlich vertheidigt von Löhr im Mag. IV. S. 57..77., ist jetzt auch die herrschende. Vangerow §. 218. A. 1. [Ueber die ältere Literatur s. Glück 25. Bd. §. 1234.] Dagegen hat auch die neue Idee eines sog. procuratorischen Eigenthums des Mannes (Tigerström I. S. 202 fg.) kein Glück gemacht. Puchta Vorles. 4. Aufl. II. S. 283. Bechmann I. S. 127 fg. Czyhlarz §. 54. 55. Windscheid §. 496. Mehr Beachtung jedoch zollt ihr Brinz S. 1239., der §. 264 fg. ausführlich erörtert, wie die Dos zugleich Frauengut (res uxoria) sei, und S. 1243. gegen Puchta a. a. O. in der Annahme eines gleichzeitigen Dotaleigenthums beider Eheleute „weder eine unnütze noch eine unrömische Meinung" findet, dagegen übereinstimmend mit Scheurl XI. S. 110, welcher es als „wesentliche römische Grundanschauung" erkennt, daß die Dos während der Ehe eine dem Manne nur anvertraute res uxoria ist, wie bei der fiducia cum amico und cum creditore contracta (Gai. II. 60.) die einzelne Sache (cf. L. 18. pr. i. f. D. commod. 13. 6. [verb.: in rebus *pignori datis;* vielleicht ursprünglich: creditori *fiduciae causa datis*]). Dieser Vergleich, obwohl nicht ohne Hinken, ist nicht übel; doch aber bleibt es dabei, daß Eigenthümer der Dotalsachen während der Ehe nur der Mann ist. Vgl. auch Mandry in d. krit. Vjschr. XII. S. 502 fg.

[2] Als ein Recht der Frau führt man noch an, daß sie die Hälfte des im Dotalgrundstück gefundenen Schatzes vom Manne fordern könne. Puchta §. 416. not. c. Bach-

[g] L. un. Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit. 5. 19. [h] L. 73. §. 1. L. 85. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. D. sol. matr. 24. 3.

ofen a. a. O. S. 112 fg. Aber vgl. §. 401. not. c. L. 7. §. 12. D. sol. matr. 24. 3. sagt: Sed etsi vi tempestatis (arbores) ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi. Die Restitution kann aber im letzten wie im ersten Falle erst soluto matrimonio gefordert werden.

3 Scheurl a. a. O. S. 111., dem auch hier Brinz S. 1281. beistimmt, behauptet, daß die Frau im Verarmungsfall des Mannes während der Ehe immer auf Herausgabe der Dos klagen könne, selbst wenn diese receptitia dos sei. Darnach würde denn auch die von einem Fremden bestellte dos receptitia wenigstens in einer Beziehung (denn sonst vgl. Brinz S. 1250.) den Charakter eines Frauengutes bewähren, und Scheurl führt dies eben als einen Beweis dafür an, daß jede Dos als ein Vermögen der Frau anzusehen sei. Aber jene Behauptung ist unhaltbar gegenüber der L. 29. pr. i. f. (L. 29. c. m.) Cod. h. t., welche der Frau constante matrimonio nur soweit die Klagen zur Sicherung der Dos gibt „ut potuisset, si matrimonium eo modo esset dissolutum, quo dotis ... exactio ei competere poterat". Bezüglich der von einem Fremden bestellten dos receptitia steht ihr nie die exactio zu. Doch ist darin mit Vangerow I. §. 218. A. 2. Nr. 1. anderer Meinung Czyhlarz S. 486., vgl. auch Puchta Vorles. II. S. 282. A. 2. [Vgl. noch den von Stammler mitgetheilten Rechtsfall im prakt. Arch. XIV. S. 76 fg.]

4 Diesen Satz beanstandete Bechmann a. a. O. I. S. 165 fg.: aber vgl. dens. II. S. 158. A. 3., dazu Czyhlarz S. 492.

5 Nov. 22. cap. 39. Dotes autem, quas mariti acceperunt, non facile mulieribus, dum constat matrimonium, reddent, nisi ex causis, quas lex enumeravit (vgl. L. 27. §. 1. D. de religios. 11. 7. „casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est"). Als solche causae werden angeführt (not. h.): *ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat*, . . , *ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret, vel ut eos ex hostibus redimeret* (L. 20. cit.); oder: *ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat*, *ut in exilium aut in insulam relegato parenti praestet alimonia*, *aut ut egentem virum fratrem sororemve sustineat* (L. 73. §. 1. D. 23. 3.). Vgl. Hasse in der Ztschr. für gesch. Rechtsw. V. 9. Francke im civ. Arch. XVII. 16. XVIII. 1. Vangerow §. 218. A. 2. Nr. 2. Streitig, ob diese Fälle bloß als Beispiele oder exclusiv zu verstehen? Puchta §. 420. not. o. „Auch die Worte der Nov. 22. cap. 39... können die Beispiele nicht zu etwas anderem machen, als was sie sind". Vgl. überhaupt jetzt Czyhlarz §. 142..144. mit Bechmann I. S. 173 fg. II. S. 153 fg., und zu diesem Scheurl VI. S. 81 fg. XI. S. 129 fg. 266 fg.

### b) Nach Beendigung der Ehe. Rückgabe der Dos [a].

### §. 405.

#### α) Rückempfänger der Dos.

Nach Auflösung der Ehe, durch Tod oder Scheidung, muß die Dos vom Manne oder dessen Erben zurückgegeben werden, es sei denn durch

[a] Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. 24. 3. Cod. 5. 18. cf. X. de donationibus inter virum et uxorem et de dote post divortium restituenda. 4. 20. — L. un. Cod. de rei uxoriae actione ... 5. 13.

gültigen Vertrag (§. 400.) bestimmt worden, daß in dem sich ereignenden Falle der Endigung der Ehe die Dos dem Manne verbleiben solle. Wem das Recht der Rückforderung zustehe, und unter welchen Voraussetzungen, kann durch vertragsmäßige Bestimmung festgesetzt sein [1].

Ist dies nicht der Fall, so kommt es darauf an, ob die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst ist, oder bei Lebzeiten derselben, also durch Scheidung oder Tod des Mannes? sodann ob die Dos profectitia oder adventitia ist? *Profectitia* aber heißt die Dos, welche aus dem Vermögen des Vaters oder väterlichen Ascendenten der Frau, als solchen, von ihm selbst oder doch in seinem Namen, bestellt worden ist[b]; jede andere, auch die von der Frau selbst bestellte Dos heißt *adventitia* [2].

Ist nun 1) die Ehe bei Lebzeiten der Frau aufgelöst worden, so hat diese das Recht der Rückforderung [s. jedoch auch §. 416.], das denn auch auf ihre Erben übergeht[c]; vorausgesetzt freilich, daß sie sui iuris sei, was sie aber nach heutigem Recht regelmäßig eben durch die Ehe geworden ist. Wäre sie noch in der väterlichen Gewalt, so würde der Vater die Dos zurückfordern können, jedoch nicht gegen den erklärten Willen der Tochter[d], und nur mit dem Erfolge, daß er an der restituirten dos adventitia dasselbe Recht erlangt, das ihm überhaupt an dem Vermögen der Kinder zusteht [3], und daß auch die dos profectitia für die Tochter im Fall der Eingehung einer andern Ehe in gleichem Betrage wieder herzugeben ist, wenn nicht etwa das Vermögen des Vaters seitdem eine solche Minderung erlitten hat, daß jene nunmehr unverhältnißmäßig groß erscheint[e].

Ist dagegen 2) die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst worden, so fällt die dos adventitia den Erben derselben zu[f], die dos profectitia aber dem Besteller, wenn er die Auflösung der Ehe überlebt[g], sonst ebenfalls den Erben der Frau [4]. In beiden Fällen macht es keine Aenderung, wenn die Frau, oder bei der dos profectitia der Besteller sich die Restitution hat ausdrücklich versprechen lassen[h].

Anm. [1] [Vgl. zu diesem §. übhpt. Sternberg §. 11..14.] Die Dos, deren Rückfall sich der dritte Besteller vorbehalten hat, nennt man nach Ulp. fragm. VI. §. 5. dos *receptitia*. Für diesen Fall kommen überhaupt die eigenthümlichen Regeln des Dotalrechts nicht weiter in Betracht. Vgl. jedoch not. h.

[2] Ulp. VI. §. 3. Dos aut profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris

[b] L. 5. D. de iure dot. 23. 3. [c] L. 2. pr. D. h. t. 24. 3. L. un. §. 4. 6. 11. Cod. de rei ux. act. [d] L. 2. §. 1..L. 4. L. 34. D. 24. 3. L. un. §. 14. Cod. l. c. L. 2. 7. Cod. h. t. 5. 18. cf. L. 22. §. 3..11. L. 31. §. 2. D. eod. L. 8. pr. D. de procurat. 3. 3. [e] Nov. 97. cap. 5. [f] L. un. §. 6. 13. Cod. l. c. [g] L. 4. Cod. h. t. 5. 18. L. 6. pr. L. 78. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 71. D. de evict. 21. 2. cf. L. 10. pr. L. 59. D. h. t. 24. 3. L. 5. D. de divort. 24. 2. [h] L. un. §. 14. Cod. de rei ux. act. 5. 13.

dedit, aut adventitia, id est ea, quae a quovis alio data est. Cf. L. 5. pr. D. de iure dot. 23. 3. Profectitia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius. L. 5. §. 11. eod. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit, sed ita demum, si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventitia dos est. [Sternberg §. 13. H. Appelius im Arch. f. prakt. Rechtswiss. n. F. XII. S. 41..48. „Begriff der d. prof." s. jedoch auch S. 72 fg. 80.]. — Völlig grundlos ist die Meinung (von Tigerström I. S. 45 fg.), die von der Frau selbst bestellte Dos sei nicht dos adventitia, sondern heiße vorzugsweise dos schlechtweg. Czyhlarz S. 315 fg.

[3] Nach Just. Recht ist es unrichtig, sowohl: die Rückforderung der dos adventitia in jedem Falle der überlebenden Tochter allein zu geben (Puchta §. 419. not. g. [dazu jedoch auch die Bemerkung Rudorff's ebenda]), als: wenn sie noch in patria potestate ist, dem Vater in Ansehung derselben ganz dasselbe Recht beizulegen, wie in Betreff der dos profectitia (Vangerow §. 220. A. 1.). Vgl. Arndts im Rtslex. III. S. 826. (civ. Schr. II. S. 253.), und auch Vangerow 7. Aufl. I. S. 406. unter 1 b. Czyhlarz S. 379 fg. Bechmann II. S. 316 fg. Nach heutigem Recht ist diese Frage nicht mehr von Bedeutung (§. 426. a. E.). Uebrigens vgl. über jenes gemeinschaftliche Recht des Vaters und der Tochter noch Baron Gesammtrechtsverhältnisse §. 37. S. 392 fg. (dagegen Pernice in d. kr. Vjschr. VII. S. 121 fg.), Bechmann II. S. 299 fg., Mandry Familiengüterrecht I. S. 311 fg.

[4] Nach altem Recht hatten die Erben der Frau, wenn nicht dieser die Rückgabe der Dos stipulirt war, keinen Anspruch darauf; selbst in dem Falle unter 1. not. c. konnten sie nur dann auf Rückgabe klagen, wenn der Mann bereits ihrer Erblasserin gegenüber in Mora versetzt war. Ulp. VI. §. 5. 7. cf. Vat. fragm. §. 95. 97. L. 57. D. h. t. 24. 3. Vgl. Bechmann II. S. 295 fg. Czyhlarz S. 297 fg. (Gegen die Meinung von Voigt a. a. O. S. 80. A. 120., die actio rei uxoriae der Frau sei nur im Scheidungsfalle unvererblich gewesen, s. Arndts in d. Ztschr. für Rechtsgesch. VII. S. 43. [civ. Schr. I. S. 478]. Czyhlarz S. 298. A. 4.). Justinian erst hat den Erben der Frau wie ihr selbst schlechthin das Recht der Rückforderung gegeben, wenn nur nichts anderes gültig verabredet ist. L. un. §. 4. 6. 13. Cod. de rei ux. act. Aber nach Ulp. VI. §. 4. „mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur", nur mit Abzug von $1/_5$ für jedes Kind; cf. Vat. fragm. §. 108. Diese retentio propter liberos ist im Justinianischen Recht verschwunden (cf. L. un. §. 5 c. Cod. l. c.), wornach denn ein unbeschränktes Rückforderungsrecht des Bestellers der dos *profectitia* übrig geblieben ist, welches das der Erben der Frau ausschließt (vgl. not. g.). Doch ist streitig: a) ob der Vater auch die Kinder der Tochter ausschließe? wie mit Recht (vgl. Francke im civ. Arch. XXVI. 14. Czyhlarz [S. 46 fg. 316 fg.] 393 fg.) der Glossator Bulgarus behauptete, gegen Martinus, dessen Meinung aber in der Praxis mehr Anklang fand (vgl. Haenel dissens. domin. pag. 40 fg. 87 fg. 441 fg. [Appelius S. 64 fg.]); die Praxis jetzt noch schwankend; vgl. Seuffert's Arch. I. 350. V. 182. 183a. 183b. VI. 214; b) ob auch der Vater, welcher der emancipirten Tochter die Dos bestellte, jenes Recht habe? verneint von Francke a. a. O. S. 437 fg. Vangerow (6. u. 7. Aufl.) §. 220. A. 1. [Nr. 2. aa.]. Massot im prakt. Arch. n. F. V. 3. [S. 62 fg. 68 fg.]. Windscheid §. 499. A. 4. [Baron §. 338. Appelius bes. S. 66 fg.] arg. L. un. §. 13. in f. Cod. l. c., gegen die herrschende

auf die Stellen in not. g. gestützte Meinung. [Für diese:] Bechmann II. S. 373 fg. 423 fg. Czyhlarz S. 390 fg., vgl. auch Arndts im civ. Arch. L. S. 156 (civ. Schr. I. S. 485) fg. [Appelius unterscheidet sich von seinen Vorgängern (Francke, Massot) dadurch, daß er es für unwesentlich erklärt, ob die Frau bei ihrem Tode gewaltfrei war oder nicht; nur auf die Zeit der Bestellung komme es an. Leitendes Princip der L. un. Cod. cit. sei: So oft die Frau zur Zeit der Bestellung fähig gewesen wäre, die Rückgabe der Dos für sich zu stipuliren, werde eine solche Stipulation fingirt, und stehe ihr (bez. ihren Erben) die Rückforderung zu (S. 58 fg., bes. S. 61. 68. 69.). Allerdings sei dies Princip mehrfach durchbrochen, aber stets nur zu Gunsten der Frau und ihrer Erben (S. 61.). Nach heutigem R. sei die Tochter bei der Bestellung immer gewaltfrei, weil sie es durch die Verheirathung wurde (! — s. §. 399.), dos prof. sei nur mehr ein historischer Begriff (!), es gelte sonach allgemein der Satz: „nach Lösung der Ehe fordert die Frau die Dos zurück, oder bei ihrem Tode ihre Erben". Vgl. Baron §. 388. Z. 2.]

### β) Gegenstand der Restitution.

## §. 406.

#### aa) Bezüglich der Hauptsache.

Die nähere Bestimmung der Leistung, welche der zur Rückgabe der Dos Verpflichtete zu gewähren hat, hängt zunächst von der Beschaffenheit des Gegenstandes, welcher das Capital der Dos bildete, sodann auch davon ab, ob und inwiefern dessen Rückerstattung etwa durch Schuld des Mannes (§. 401.) oder seiner Erben vereitelt oder geschmälert ist.

So sind 1) Geldsummen und andere Quantitäten vertretbarer Dinge in gleicher Gattung schlechthin zurückzugeben, wie beim Darlehen[a], und dasselbe gilt auch von der Summe[1], zu welcher nicht vertretbare Sachen verkaufsweise geschätzt zur Dos gegeben waren[b]. 2) Nicht-vertretbare und ohne solche Schätzung zur Dos gegebene Sachen sind individuell zurückzugeben, und ist dafür voller Ersatz zu leisten, wenn sie durch Schuld des Mannes[2] oder seiner Erben gar nicht oder nur verschlechtert zurückgegeben werden können[c]; für unverschuldeten Verlust haften diese nicht; es sei denn wegen Verzugs[d], müssen aber jedenfalls erstatten, was ihnen als Ersatz für die entzogenen Sachen zugekommen ist[e], beziehungsweise die Klagen darauf abtreten[f]; sind die Sachen mit Einwilligung des Rückempfängers gültig veräußert worden, so kann auch nur der Preis zurückgefordert werden[g]. 3) War ein dingliches Recht

[a] L. 42. D. de iure dot. 23. 3. L. 12. Cod. eod. 5. 12. cf. L. 54. D. eod. L. 22. in f. D. h. t. 24. 3. cf. §. 145. A. 3. [b] L. 51. D. h. t. L. 10. pr. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 10. §. 6. L. 14..16. L. 18. D. eod. L. 66. §. 3. D. h. t. 24. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 18. L. 30. Cod. 5. 12. §. 411. [c] L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1..4. L. 55. 66. pr. D. h. t. 24. 3. L. 17. pr. L. 72. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 69. §. 7. D. eod. L. 21. Cod. eod. 5. 12. L. 10. §. 6. L. 11. D. de iure dot. 23. 3. L. 1. Cod. h. t. 5. 18. [d] arg. L. 18. §. 1. L. 25. §. 2. D. h. t. 24. 3. [e] L. 52. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 49. §. 1. D. h. t. 24. 3. (fragm. Vat. § 94.). [f] L. 18. §. 1. in f. D. l. c. [g] L. 32. D. de iure dot. 23. 3.

Gegenstand der Dos, so muß der darin dem Manne zugekommene Rechtsvortheil nunmehr, soweit thunlich, dem Rückempfänger der Dos zugewendet werden[h], nach Verschiedenheit der Fälle, bald durch Uebertragung des fraglichen Rechts oder der Ausübung desselben, bald durch Aufgeben des eingeräumten, bald durch Wiederherstellung des aufgegebenen Rechts; auch hier muß Ersatz geleistet werden, wenn durch Schuld des Mannes, zum Nachtheil des Rückempfängers der Dos, jener Erfolg nicht mehr erreicht werden kann[3]. 4) Hat der Mann durch die Bestellung der Dos, es sei durch Versprechen (§. 397.) oder auf andere Weise (§. 398.), zunächst eine Forderung erhalten und diese ist erfüllt worden, so bestimmt sich der Inhalt der Rückleistung nach der Natur des Empfangenen[i], es wäre denn etwa die Forderung kaufweise als res aestimata dem Mann abgetreten worden (not. b.). Sofern die Forderung nicht erfüllt worden, hat der Rückempfänger, wenn er selbst der Schuldner ist, nur auf Befreiung Anspruch[k]; im andern Fall muß ihm wenigstens die noch bestehende Forderung abgetreten[l], nach Umständen aber auch für den Gegenstand derselben voller Ersatz geleistet werden, das letzte nämlich, sofern der Mann durch seine Nachlässigkeit in Geltendmachung der Forderung einen Verlust verschuldet[m], oder die ganze Gefahr derselben von Anfang an[n] oder durch eine spätere Verfügung[o] auf sich genommen hat[4]. 5) War dotis causa eine Schuld erlassen, so ist es so anzusehen, als hätte der Mann den Schuldgegenstand zur Dos erhalten; wenn jedoch die erlassene Schuld an eine Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft war, die zur Zeit der Restitution[5] der Dos noch nicht eingetreten ist, so ist nur das frühere Schuldverhältniß mit seiner Nebenbestimmung wieder herzustellen[p].

Anm. [1] Wird von Seiten der Frau geltend gemacht, daß sie in Ansehung der Schätzung übervortheilt sei, so steht es in der Wahl des Mannes, ob er die Sachen selbst oder deren wahren Werth zurückerstatten will: wenn jedoch die Sachen zu Grunde gegangen sind, so hat er nur den festgesetzten Werth zu erstatten, es wäre denn, daß er eines Dolus schuldig befunden werde, oder die Frau minderjährig gewesen sei und die Sachen zu besserem Preise hätte verkaufen können. L. 12. §. 1. D. de iure dot. 23. 3. L. 6. Cod. h. t. 5. 18. Andrerseits kann auch der Mann Minderung der erweislich zu hohen Schätzung begehren. L. 6. cit. in f. Czyhlarz in Linde's Ztschr. n. F. XX. S. 15..18. [und Dotalrecht S. 157 fg. Sternberg §. 4. Sarrazin §§. 7. 8.].

[2] Ueber das Maß der Verantwortlichkeit vgl. L. 17. D. de iure dot. 23. 3. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa

[h] L. 66. 78. D. 23. 3. L. 57. D. h. t. 24. 3. [i] arg. L. 48. §. 1. L. 49. in f. D. de iure dot. 23. 3. [k] L. 41. §. 4. D. eod. L. 30. §. 1. L. 66. §. 7. D. h. t. 24. 3. [l] L. 44. §. 1. D. eod. [m] L. 49. pr. eod. L. 20. §. 2. D. de pact. dot. 23. 4. L. 33. 49. D. de iure dot. 23. 3. cf. L. 56. pr. eod. [n] L. 41. §. 3. D. eod. [o] L. 35. 49. 71. eod. L. 66. §. 6. D. h. t. 24. 3. [p] L. 12. §. 2. L. 43. §. 2 (1). D. de iure dot.

sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet. L. 66. pr. D. soluto matr. 24. 3. In his rebus quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere, Servius ait. Ea sententia Publii Mucii est; nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere. — Ueber diesen Rechtsfall vgl. Voigt a. a. O. S. 60. A. 67. und dagegen Arndts a. a. O. S. 18. (civ. Schr. I. S. 457) fg.; über die dotalrechtliche Verantwortlichkeit überhaupt Czyhlarz S. 256 fg. Ueber die Beweislast vgl. [Gerau im] Arch. f. prakt. Rtsw. V. 8.

[3] In den Quellen (not. h.) wird namentlich der Fall eines *ususfructus* in dotem datus nach den verschiedenen Möglichkeiten in Erwägung gezogen:

a) L. 66. D. 23. 3. vgl. §. 198. A. 1., mit dem Schlußsatz: Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

b) L. 78. pr. D. eod. Quum in fundo mariti habens mulier usumfructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam (ab) usufructu; nec est quod non utendo maritus amittat. Divortio autem facto constituet in eodem fundo usumfructum mulieri. Quodsi in matrimonio decesserit uxor, nihil emolumenti ob dotem habere videtur maritus, quia, etsi uxorem eam non duxisset, fructuariae morte finitus ususfructus ad proprietatem rediret; ideoque nec in funus confert mulieris (vgl. §. 299. 405. A. 4.).

c) L. 78. §. 1. ibid. Plane si pater filiae nomine, qui in fundo generi usumfructum habebit (*Vulg.* habebat), dotis constituendae gratia eum dederit, et in matrimonio mortua fuerit, habebit ex sua persona ususfructus petitionem (vgl. §. 405. A. 4.).

d) L. 78. §. 2. ibid. Quodsi mulier in fundo suo marito usumfructum dotis causa constituerit, tunc ex mariti persona erit ususfructus proprie, qui et non utendo ipsius (ipsi) pereat. Quod si acciderit, videamus, an etiam nunc dotata sit mulier? Et si quidem dominium apud mulierem est fundi, ad quem reversus est ususfructus, nihil iam in dote habet, quod actione dotis consequatur ab eo, cui, quod non utendo amisit usumfructum, imputari non potest, ex quo ipsa lucrum habet; ideoque indotata erit. Quodsi alienaverit uxor proprietatem, quae sine ullo mulieris emolumento plenior facta est, adhuc dotata est, quia dotis actione teneri debet maritus, qui, quando licuit usufructu uti, amisit eum non utendo; nam, si habere perseverasset usumfructum ad divortium, commodo mulieris cederet eius restitutio, quia etsi non protinus ad ipsam transiret, tamen vel pretio vel beneficio sine incommodo mulieris ad proprietatem reverte(re)tur. Si autem usumfructum maritus non amiserit, morte mulieris non finitur ususfructus apud maritum (aber vgl. §. 405. A. 4.). Divortio autem facto, primo videamus et in hac et in superiore specie, an pro rata temporis eius anni dividantur fructus, quod probandum est. Ipsius autem restitutio ita fiet, ut habenti mulieri fundum ususfructus cedatur et ita cum proprietate consolidetur. Sed et si non sit fundi domina, nihilominus competit dotis actio, ut dimittat a se maritus usumfructum; nam vel ex emto actione adhuc, ut usumfructum praestet,

mulier tenetur, aut pretium eius consequi sperat, aut cuivis magis gratiam praestare, quam relinquere apud inimicum ius ad (a?) se translatum, licere ei civile est.

e) L. 78. §. 3. ibid. Uxor viro usumfructum dotis nomine dedit, manente matrimonio eidem fundum vendidit; quaesitum est, divortio facto quid dotis iudicio reciperare debeat? Dixi, referre, quanti fundus veniisset; nam si nudae proprietatis aestimatio facta fuisset, mulier dotis iudicio pretium usufructus reciperare debet. Quid ergo est, si vir ante litem contestatam mortuus fuisset? Heredes eius nihil praestituros; nam etsi quilibet alius emtor proprietatis extitisset, heres viri nihil mulieri praestaret, scilicet usufructu reverso ad proprietatem. Ceterum si fundus totus veniisset, quanti debet venire non detracto usufructu, intelligi mulierem dotem manente matrimonio recepisse.

Vgl. noch zu a. b. d. L. 57. D. h. t. 24. 3. Usufructu in dotem dato, si divortium intervenerit (§. 405. not. c.), nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius: quod an verum sit circa adiectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit usufructus in dotem datus. Si, quum haberet mulier fructum, viro, cuius erat proprietas fundi, usumfructum cessit (b), nihil mulier heredi suo relinquet; debebatur enim ei usufructus, qui ad heredem non solet transire. Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit (d), restitui is a viro debet; cum proprietate enim ad heredem eius transiisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprietas (d) aut aliquis fundi sui usumfructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem (a),, inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui? potest autem vel cautionibus interpositis, ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur, vel, si se accommodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur usufructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo, ut inter eos actum fuerit, dare; nam et finge, hoc ipsum mulierem posse proprietatis domino vendere; quo casu non inique etiam mulieris herede agente vir facere cogetur: quippe si moram non fecisset, pretium fructus mulier heredi suo reliquisset. Quodsi facultatem usufructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam, quam percipiendi fructus praestare ipsi debuit, etiam heredi eius praestat.

Ein möglicher Fall ist noch f) daß die Ausübung eines bestehenden Usufructus zur Dos gegeben worden; ungenau sagt davon Sintenis III. §. 133. bei A. 84. „dieselbe endet einfach mit der Ehe"; sie ist dem Rückempfänger der Dos zu überlassen, der auch ein Anderer sein kann, als der eigentliche Usufructuar; genauer in der 2. [und 3.] Aufl.: „dieselbe endet mit der Ehe und ist dem Rückempfänger des Heirathsgutes zu überlassen". War endlich g) der Usufructus zu dem Zweck eingeräumt, daß die Früchte das Dotalcapital bilden sollten, so muß der Werth der gezogenen oder aus Mangel der diligentia quam suis rebus vernachlässigten Früchte erstattet werden. L. 7. §. 2. D. de iure dot. 23. 3.

[4] „Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemanns in Bezug auf eine ihm versprochene Dos oder in dotem gegebene Forderung" vgl. vorzüglich Meyerfeld im Rh. Mus. VII. 5. und dazu Czyhlarz §. 75..77. gegen Bechmann II. S. 240 fg., wobei insbesondere zu bemerken:

a) Es wird dem Manne nicht zum Verschulden angerechnet, wenn er den Vater

als Besteller der dos profectitia oder auch den Dritten, der bloß aus Liberalität gegen die Frau die Dos versprochen, nicht unnachsichtig zur Erfüllung des Dotalversprechens gedrängt hat. L. 33. D. 23. 3. Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito, cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat. Nam si donavit, ut cunque (utique) parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem, qui donaverat [quemque in id, quod facere posset, si convenisset, condemnaverat (Hal. *condemnaverit*); hoc enim Divus Pius rescripsit, eos, qui ex liberalitate conveniuntur, in id, quod facere possunt, condemnandos: cf. L. 41. pr. D. de re iud. 42. 1.]. Sed si vel pater vel ipsa promiserunt, Julianus quidem Lib. 16. Dig. scribit, etiam si pater promisit, periculum respicere ad maritum (cf. L. 30. §. 1. D. 24. 3.). Quod ferendum non est; debebit igitur mulieris esse periculum. Nec enim quicquam *(quisquam?)* iudex propriis *(propitiis?)* auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem, qui de suo dotem promisit, non urserit ad exsolutionem, multo minus, cur ipsam non convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit, ut diceret: quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; quod debitor, id viri esse; quod alius, scilicet donaturus, eius periculo sit, cui adquiritur; adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. Meyerfeld a. a. O. §. 8..20.

b) Die Gefahr der Forderung trägt der Mann schlechthin *α)* von Anfang an, wenn durch einen delegirten Schuldner eine Summe (cf. L. 56. pr. D. 23. 3.) als Dos versprochen worden; arg. L. 41. §. 3. D. eod. cf. L. 46. pr. L. 58. eod. L. 6. D. de pact. dot. 23. 4. Meyerfeld §. 25., mit Unrecht bestritten von Windscheid §. 500. A. 9., vgl. Czyhlarz S. 271. A. 5. *β)* ex post facto, wenn er die Schuld ohne Zustimmung des Rückempfängers der Dos erläßt (etiamsi id propter egestatem soceri factum esset, sc. iniussu uxoris: L. 66. §. 6. D. 24. 3.), oder eine Novation vornimmt, oder gegen Verzinsung weiter credidirt (not. o.). [Sternberg §. 7.]

[5] Fr. Hofmann in d. Wiener Ztschr. I. 22. S. 713 fg. [führt aus, daß, wenn der dies zur Zeit der Bestellung noch nicht eingetreten war, die Schuld mit der Befristung, die ihr im Augenblicke des Erlasses anhaftete, wieder herzustellen sei. Dagegen wendet Windscheid 4. Aufl. §. 500. A. 5. ein, jene Ansicht führe zu einem Dotalvortheil nach gelöster Ehe. Dies ist nicht richtig. Beispiel: Jemanden wird dotis causa eine in drei Jahren zahlbare Kaufschillingsrate erlassen. Kommt es drei Jahre später zur Restitution und braucht er nun erst in weiteren drei Jahren jenes Kapital zu zahlen, so genießt er es während dieser drei Jahre kraft des Kaufcontractes; während der früheren hat er es als dotales genossen.] — Es ist möglich, daß der Gegenstand der Dos während der Ehe verändert wird, wo denn dasjenige zu restituiren ist, was an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes getreten, Czyhlarz §. 82. 83. [Sternberg §. 6.] Dies kann durch Vertrag geschehen [*permutatio dotis*], mit Einwilligung nämlich des zur Rückforderung Berechtigten, nur nicht zum Nachtheil der Frau (§. 400.), und nicht durch ungültige donatio inter virum et uxorem; L. 25. 26. 27. 32. 38. D. de iure dot. 23. 3. L. 21. 32. D. de pact. dot. 23. 4. L. 7. §. 5. D. de don. int. v. et u. 24. 1.; oder auch durch andere Umstände, z. B. durch Evictionsleistung (not. e.); — auch wenn res aestimata in dotem data est; L. 16. D. de iure dot. 23. 3. Czyhlarz in Linde's Ztschr. n. F. XX. S. 19 fg. — oder durch Theilung: L. 78. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. Si fundus communis in dotem datus erit, et socius egerit cum marito communi dividundo, adiudicatusque

fundus socio fuerit, in dote erit quantitas, qua socius marito damnatus fuerit; aut si omissa (Hal. *admissa*) licitatione extraneo addictus is fundus fuerit, pretii portio, quae distracta est (*quo distractus est?* oder mit Mommsen *quae ei redacta est?*), sed ita, ut non vice corporis habeatur, nec divortio secuto praesenti die, quod in numero est, restituatur, sed statuto tempore solvi debeat. Quodsi marito fundus fuerit adiudicatus, pars utique data in dotem dotalis manebit; divortio autem facto sequetur restitutionem (*dotis* oder *eius partis?*), propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio, nec audiri debebit alteruter eam aequitatem recusans, aut mulier in suscipienda altera parte quoque, aut vir in restituenda. Sed an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio? videamus. Julianus de parte tantum dotali loquitur, et ego dixi in auditorio, illam solam dotalem esse. Vgl. §. 402. not. l.

## §. 407.

### bb) Nebensachen.

Mit der Hauptsache muß auch alles dasjenige erstattet werden, was zu derselben inzwischen als Zuwachs des Dotalcapitals hinzugekommen ist[a], und kann in Beziehung darauf der Mann in gleicher Weise, wie rücksichtlich der Hauptsache, verantwortlich werden. Nur die Nutzung der Dos während der Ehe soll der Mann haben und daher, was er an Früchten, natürlichen oder bürgerlichen, davon bezogen hat, ihm bleiben[b]; aber auch dieses nur entsprechend der Zeit, während welcher die Ehe bestand und die fruchterzeugende Sache wirklich dotal war. Vorher bezogene Früchte vermehren das Capital der Dos[c]; nachher aber ist der einer gewissen Zeitperiode entsprechende Fruchtertrag, sofern innerhalb der, vom Beginn der Dotalität der Hauptsache an gerechnet, letzten solchen Fruchtperiode die Endigung der Ehe erfolgt, nach Verhältniß der Zeit zwischen dem Manne und dem Rückempfänger zu theilen, so daß nach Umständen jener von den noch während der Ehe gewonnenen Früchten einen Theil herausgeben muß oder von den später erst zu beziehenden einen Theil noch in Anspruch nehmen kann[d].

Anm. Das Princip der Früchtetheilung deutet im Allgemeinen an L. un. §. 9. c. (9.) Cod. 5. 13. in den Worten: Sed et novissimi anni, in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utrique parti adsignari . . . in rebus scilicet non aestimatis: womit zu vgl. L. 7. §. 6. 7. D. h. t. 24. 3. Quod in anno dicitur, potest dici et in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur, ut est in locis irriguis. Et in pluribus annis idem dici potest

[a] L. 4. 10. §. 1. 2. L. 65. D. de iure dot. 23. 3. L. 7. §. 12. D. h. t. 24. 3. L. un. §. 9 a (9). Cod. de rei ux. act. 5. 13. cf. §. 401. 404. A. 2. [b] L. un. §. 7 b (7). 9 b. c. (9). Cod. l. c. L. 7. pr. D. de iure dot. 23. 3. L. 20. Cod. eod. 5. 12. [c] L. 7. §. 1. L. 47. D. 23. 3. L. 6. in f. L. 31. §. 4. D. h. t. 24. 3. [d] L. un. §. 9 c. (9.) cit. L. 5..8. D. h. t. 24. 3. cf. L. 11. 25. §. 4. eod. L. 78. §. 2. D. de iure dot. 23. 3.

ut in silva caedua. Die Fruchtperiode bei wirthschaftlichen Grundstücken ist meistens ein Jahr, daher „novissimus annus", d. i. das letzte Totaljahr, in dessen Umfang die Endigung der Ehe fällt, das aber auch zugleich das erste sein kann; doch ist wohl auch die Fruchtperiode ein kürzerer oder längerer Zeitraum, wo dann dieser eben so in Betracht kommt, wie dort das Jahr. Vgl. überhaupt Czyhlarz §. 68..73., insbesondere gegen die Ansicht, daß nicht der in das letzte Dotaljahr fallende Ertrag der Dos das Objekt der Früchtetheilung sei, sondern dieses sich bestimme nach dem Ertrag der Fruchtperioden, in welche die Dauer der Ehe während des letzten Dotaljahrs fällt: S. 241 fg., und gegen die Meinung von Bechmann II. S. 190 fg., wornach die erste Aerndte, welche der Ehemann bezieht, regelmäßig diesem ganz verbleiben, und somit nur die nächste Aerndte nach der innerhalb einer Fruchtperiode erfolgenden Auflösung der Ehe das Theilungsobjekt bilden soll: S. 242. A. 15., vgl. auch Windscheid §. 501. A. 8. und über den ersten Punkt vorzüglich Francke im civ. Arch. XXX. 10. — Große Meinungsverschiedenheit aber hat veranlaßt L. 7. §. 1. D. 24. 3. (Ulpian. lib. XXXI. ad Sab.): *Papinianus* autem lib. 11. quaest., divortio facto, fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiae fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis, aequum est; alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. §. 2. E contrario quoque idem observandum est: nam si mulier percepta vindemia statim fundum viro in dotem dederit, et vir ex calendis Martiis eundem locaverit, et calendis Aprilibus primis divortium fuerit secutum, non solum partem duodecimam mercedis, sed pro modo temporis omnium mensium, quo dotale praedium fuit, ex mercede, quae debebitur, portionem retinebit. — Ueber die verschiedenen Erklärungsversuche des §. 1. siehe Hasse im Rh. Mus. II. S. 1 fg. Francke im civ. Arch. a. a. O. [bes. S. 299 fg.] Puchta Vorles. §. 421. Keller §. 401. Vangerow §. 220. A. 2. (7. Aufl. I. S. 409 fg.). Dem Resultate nach, von Unterscheidung zweier Fruchtperioden ausgehend, wäre wohl befriedigend die von Vangerow nach Duarenus [disput. anniv. I. cap. 60. ed. Francof. 1598. pag. 1055.] vertheidigte, auch von Sintenis III. §. 133. A. 73. und Böcking Pand. III. §. 14. not. 8. [S. 243. d. 5. Aufl.] als die „ungezwungenste" gebilligte Erklärung, wornach §. 1. sagen soll, der Ertrag der Weinlese sei mit $^3/_{12}$ des Pachtschillings so zu vereinigen, daß daraus das dem Manne (für die viermonatliche Dauer der Ehe) gebührende $^1/_3$ hervorgehe, zu dem Zwecke aber sei von der Weinärndte eben nur $^1/_{12}$ zu den $^3/_{12}$ des Pachtschillings hinzuzuthun. Schade nur, daß dieses Resultat nicht zu gewinnen ist, ohne den Worten und — der Logik des Verfassers der Stelle unleidliche Gewalt anzuthun; denn wo ist das Ganze, das jenem $^1/_3$ entspricht? Böcking rechnet, wenn die Weinlese 24, der Pachtzins 12 verträgt, für den Mann 5, nämlich $^{24}/_{12} + ^{12}/_4 = 2 + 3$. Wovon sind diese 5 die tertia portio? von 24? von $24 + 12$? von $24 + 3$? Vgl. auch Windscheid a. a. O. Czyhlarz S. 251. A. 4., dazu S. 252 fg. A. 5. Nr. c. (gegen Arnold comm. ad L. 7. §. 1. cit. Berol. 1850, welcher durch Annahme eines idealen Jahres, das sich in gleicher Proportion, wie die wirklichen Ehe-

monate, in beide Fruchtperioden vertheilt, zu demselben Resultate kommt, wie Duaren.) — Durch Emendation will helfen Brinkmann in Haimerl's Vjschr. XVII. 10. XVIII. 5. vgl. civ. Arch. XXXVI. 15.: er liest [a. a. O. XVIII. S. 98.]: „vindemiae fructus et *tertia* portio ... ex ea pecunia *quarta* portio v. r.", indem er den 30. Sept. als Anfang der Ehe und als Zeit der Weinlese annimmt, das Fruchtjahr bei den Weinbergen mit dem 1. Oct. beginnen läßt, die vindemia und 1/3 des Pachtzinses als Ertrag von 16 Monaten ansieht und davon 1/4 auf die 4 Monate der Ehe rechnet; glaubt aber doch, daß diese Berechnung nur ausnahmsweise zuläßig, regelmäßig der Ertrag und die Dauer der Ehe in jedem Fruchtjahr gesondert in Betracht zu ziehen sei. Dagegen Czyhlarz S. 249 fg. A. 2. — Eine andere Emendation schlägt Mommsen (Dig. I. p. 718.) vor: „vindemiae fructus quarta portio et tres" (sc. portiones mercedis instantis anni etc.?), deren Erklärung und Rechtfertigung noch zu erwarten ist. — Auch Bechmann II. S. 203 fg. beanstandet die Integrität der L. 7. §. 1. cit., aber nur wegen mangelhaften Zusammenhangs des „neque enim etc." (worin ihm Czyhlarz [S. 249.] beistimmt), ohne den letzten Satz „Itaque etc." zu alteriren, in welchem er nicht eine Regel erkennt, sondern nur eine billige Ausnahme von der vermeintlichen Regel, daß die erste Aerndte dem Manne ganz zufalle, während man meistens an L. 7. §. 1. cit. darum sich stößt, weil sie dem Manne zu viel zu gewähren scheint. Doch finden jetzt in anderer Weise auch Brinz S. 1271. 1273. und Baron Pand. §. 340. darin das Regelwidrige der Entscheidung in L. 7. §. 1. cit., daß sie dem Manne zu wenig gewähre, daß nämlich „neben der vindemia nicht der ganze in den annus novissimus fallende Pachtzins (11/12) zum Dividend wird", was aber allerdings billig erscheine in dem Falle, wo der Mann schon in einem Bruchtheil des (erst-) letzten Dotaljahrs einen vollen Jahresbetrag bezogen habe (vgl. auch schon Puchta a. a. O.). — Dagegen hat Huschke in der Ztschr. f. Rechtsgesch. X. S. 1 fg. die L. 7. §. 1. 2. cit. als wohl zusammenhängend und keiner Emendation bedürftig gegen jede Beanstandung und insbesondere auch die Richtigkeit der Entscheidung in L. 7. §. 1. a. E. scharfsinnig vertheidigt in dem Sinn, daß der Geldwerth der Weinlese und nur 1/4 des Pachtzinses als Gesammtfruchtertrag des letzten Dotaljahrs zusammenzurechnen sei und davon dem Manne 1/3 gebühre, der Frau 2/3, welcher zudem noch 3/4 des Pachtzinses zukommen. [Vgl. noch neuestens Bolze im civ. Arch. LXI. S. 321 .. 384.]

## §. 408.

### cc) Gegenansprüche.

Gegenansprüche von Seiten des Mannes können wegen Verwendungen auf die Dos entstehen[a]. Wegen nothwendiger Verwendungen kann schlechthin Ersatz gefordert werden, bevor die Dos restituirt wird[b]; ja es wird dadurch das Capital der Dos, soweit eine Aufrechnung möglich ist, von selbst vermindert[1] und möglicherweise aufgezehrt[c]. Es gilt dies von den zur Abwendung des Untergangs oder der Verschlechterung der Dotalgegenstände erforderlichen außerordentlichen und nicht unbedeutenden Verwendungen, wegen deren Unterlassung der Mann

[a] Dig. de impensis in res dotales factis. 25. 1. [b] L. 5. pr. D. h. t. [c] L. 5. pr. §. 1. 2. eod. L. un. §. 5 e. (5). Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 37. J. de act. 4. 6. cf. L. 56. §. 3. D. de iure dot. 23. 3.

verantwortlich sein würde, mit Ausschluß des gewöhnlichen Aufwands zur Erhaltung der Sachen, der als eine auf der Nutzung ruhende Last anzusehen ist[d]. Wegen bloß nützlicher Verwendungen[e] kann die Restitution der Dos an die Frau oder deren Erben nicht vorenthalten oder verzögert werden[2], sondern ist deren Ersatz durch mandati oder negotiorum gestorum contraria actio besonders einzuklagen[f]; in Betreff bloß zierender Verwendungen aber hat der Mann und dessen Erbe lediglich das ius tollendi[g]. Sofern Früchte zu erstatten sind, werden davon, wie immer, die Kosten der Gewinnung in Abzug gebracht[h]. Uebrigens kann gleich dem Ersatz der Verwendungen auch Uebernahme der Verbindlichkeiten begehrt werden, welche der Mann bezüglich der Dotalgegenstände, ohne Verschulden von seiner Seite, contrahirt hat[i].

Anm. 1 Ueber den Satz „necessarias impensas ipso iure dotem minuere“ vgl. Mayer Digestorum de iure dotium XXIII. 3. l. 56. §. 1. 3. interpretationem propos. Tubingae 1859. Dernburg Compens. 2. Aufl. S. 105 fg. 126 fg. Czyhlarz §. 78..81. insbesondere über L. 56. cit. S. 284 fg. [Sternberg §. 8..10. Sarrazin §. 9.]

2 Nach altem Recht konnten retentiones ex dote stattfinden aut propter *liberos* aut propter *mores* aut propter *impensas* aut propter *res donatas* aut propter *res amotas*. Ulp. VI. §. 9..17. Vgl. Bechmann I. S. 86 fg. Dernburg a. a. O. S. 141 fg. Czyhlarz §. 96..103. [Sternberg §. 18..22.] Im Justinianischen Recht sind die beiden ersten Gründe einer Retention ganz beseitigt, in den drei andern Fällen aber ist, abgesehen von nothwendigen Verwendungen, eine Retention der Dos für unzulässig erklärt. L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. Czyhlarz S. 383 fg. Dies bezieht sich jedoch nicht auf die Restitution der dos receptitia an den fremden Besteller. L. un. §. 13. Cod. l. c. §. 405. A. 1.

## §. 409.

### γ) Zeit der Restitution.

Die Restitution der Dos kann regelmäßig erst nach Auflösung der Ehe, nur ausnahmsweise wegen Verarmung des Mannes[1] schon während derselben begehrt werden[a]. Aber auch nach Trennung der Ehe müssen nur Grundstücke sofort herausgegeben werden; andere Dotalgegenstände erst binnen einem Jahre[2], nach dessen Ablauf von selbst eine gesetzliche Zinspflicht zu 4 Procent für den ganzen Betrag des Werthes eintritt[b]. Jedoch gebühren die baaren Einkünfte auch von den als Species zu

[d] L. 79. pr. D. de V. S. L. 1..4. L. 12. 14. pr. L. 15. 16. D. h. t. 23. 1. cf. L. 13. eod. L. 7. §. 16. D. sol. matr. 24. 3. [e] L. 79. §. 1. D. de V. S. L. 5. §. 3. L. 6. 10. 14. §. 1. D. h. t. 25. 1. [f] L. un. §. 5 e. (5). Cod. cit. cf. L. 7. (§. 1.) L. 8. D. h. t. L. 7. §. 16. cit. [g] L. 7. (pr.) 9. 11. pr. L. 14. §. 2. D. h. t. L. un. §. 5 f. (5). Cod. l. c. [h] L. 16. D. h. t. [i] L. 55. D. sol. matr. 24. 3. cf. L. 1. §. 3. D. h. t. 25. 1. — L. 25. §. 4. D. sol. matr.

[a] L. 29. Cod. de iure dot. 5. 12. (§. 404. not. e.) [b] L. un. §. 7. Cod. de rei ux. act. 5. 13. §. 208. A. 2. b.

restituirenden beweglichen Sachen für diese Zeit dem Rückempfänger der Dos[c], während sonst das commodum temporis dem Manne oder dessen Erben zukommt[d].

Anm. 1 Nicht bloß im Fall des Concurses: Seuffert's Arch. IV. 57.

2 Nach altem Recht war Regel: Dos, si pondere numero mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur; ... reliquae dotes statim redduntur. Ulp. VI. §. 8. Czyhlarz §. 104..106. [Sternberg §. 23.] Justinian hat dies abgeändert (not. b. c.). Czyhlarz S. 388 fg. vgl. S. 371.

δ) Klagen.

## §. 410.

### aa) Die persönliche Dotalklage[a].

Um die Rückgabe der Dos zu erwirken, hat der Berechtigte eine persönliche Klage gegen den Mann[1] und dessen Erben[b]. Gründet sich das Recht der Rückforderung lediglich auf besondere Verabredung, so bestimmt die Natur dieses Vertrages auch den Charakter der Klage, die darnach bald ex stipulatu, bald praescriptis verbis actio ist[c]. Diejenigen Personen aber, welchen nach der Regel des Dotalrechts auch ohne besondere Verabredung die Rückforderung zusteht, haben in jedem Fall eine persönliche *actio de dote*[d], die, obwohl bonae fidei actio, und eine Stipulation nicht voraussetzend, von Justinian doch *ex stipulatu* actio genannt ist[2]. Zur Begründung dieser Klage ist der Beweis der Bestellung der Dos erforderlich[e], und, wenn diese zunächst durch Versprechen geschehen, nach Umständen [§. 406. A. 4.], insbesondere immer dann, wenn der Rückfordernde selbst der Versprechende war, auch der Beweis der geschehenen Auszahlung[f]. Gegen eine Urkunde über Empfang der Dos, wenn nicht hinterher eine besondere Quittung über Auszahlung der versprochenen Dos ausgestellt ist[g], hat der Beklagte die *querela* oder *exceptio non numeratae dotis*, bis zum Ablauf eines Jahres oder dreier Monate nach Auflösung der Ehe, je nachdem diese höchstens zwei Jahre, oder länger als zwei, aber nicht länger als zehn Jahre bestanden hat[h]; außerdem fällt die Querel ganz weg[3].

[c] L. un. §. 7 b. (7. in f.) cit. [d] L. 24. §. 2. D. sol. matr. 24. 3. §. 220. A. 2.

[a] L. un. Cod. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita. 5. 13. [b] L. 2. 9. Cod. sol. matr. 5. 18. L. 46. D. eod. 24. 3. [c] L. un. §. 13. cit. L. 6. Cod. de iure dot. 5. 12. [d] L. un. pr. §. 2. 4. 6. 14. Cod. l. c. §. 29. J. de act. 4. 6. cf. §. 405. [e] L. 1. Cod. de dote cauta et non numerata. 5. 15. [f] L. 33. D. de iure dot. 23. 3. cf. §. 406. A. 4. [g] L. 14. §. 1. Cod. de non num. pec. 4. 30. [h] Nov. 100. cap. 1. 2. L. 3. Cod. de dote cauta. 5. 15.

Anm. [1] War der Mann noch in väterlicher Gewalt, und die Dos dessen Vater zugekommen, so findet gegen diesen die Klage statt. L. 22. §. 12. L. 31. §. 3. D. sol. matr. 24. 3.

[2] Das ältere Recht unterschied die actio *ex stipulatu*, eine vererbliche stricti iuris actio, welche Stipulation der Rückgabe voraussetzte, von der eigentlichen in Ermangelung einer Verabredung stattfindenden actio de dote oder *rei uxoriae actio*, welche bonae fidei actio war, und nur der Frau oder deren Vater, nicht den Erben zustand. Justinian, indem er auch in diesem Falle den Erben der Frau die Klage beilegen wollte, als ob die Rückgabe stipulirt wäre, nannte sie actio ex stipulatu, ertheilte dieser aber die Natur einer bonae fidei actio, deren Wirkungen er zugleich in einzelnen Punkten näher bestimmte. Vgl. §. 405. A. 4. Czyhlarz §. 110 fg.

[3] War der Mann bei Eingehung der Ehe noch minderjährig, so soll er im Ganzen eine Frist von 12 Jahren für die Querel haben, seine Erben jedoch höchstens nur noch ein Jahr von seinem Tode an, wenn nämlich der Rest jener Fristzeit nicht ohnehin schon geringer ist. Sind die Erben des zur Querel noch berechtigt gewesenen Mannes noch minderjährig, so ist ihnen eine Frist von 5 Jahren seit dem Tode ihres Erblassers vergönnt. Nov. 100. cap. 2. Streitig ist übrigens: ob diese Vorschrift überhaupt auf alle Dotalgegenstände, oder nur auf vertretbare sich beziehe? ob sie auf jeden Empfangschein über die Dos oder nur auf die in schriftlichem Ehevertrag (instrumentum dotale) enthaltene Angabe über Bestellung der Dos Anwendung finde? Gneist formelle Vertr. S. 32 fg. Sintenis II. §. 96. A. 30..34. III. §. 138. A. 36. Windscheid §. 504. Neuerdings aber ist auch hier die Ansicht verfochten, daß eine Suspension der Beweiskraft einer Empfangsbescheinigung überall nicht statt habe. Vgl. §. 262. 281. Czyhlarz §. 115. [Reichsgesetzlich sind quer. und exc. n. n. dotis beseitigt durch §. 14. Z. 2. und §. 17. des Einf.-Ges. z. R.C.Pr.O. Vgl. Mandry Reichsges. S. 332.; 2. Aufl. S. 314. N. 37. und S. 456.]

## §. 411.

### bb) Dingliche Klagen.

Zur Sicherung der Dotalforderung ist der Frau ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes verliehen [1], das mit dem Zeitpunkt der Bestellung, beziehungsweise der Auszahlung (Illation) der Dos beginnt, kraft dessen denn auch selbst die zur Dos gegebenen und so in das Vermögen des Mannes übergegangenen Sachen der Frau (und deren Erben) für ihre Dotalforderung pfandrechtlich haften.

Zudem aber ist der Frau das Recht gegeben, die noch im Vermögen des Mannes vorhandenen Dotalsachen, ob sie mit oder ohne Schätzung in dotem gegeben waren, sofort nach Auflösung der Ehe, wie im Fall der Verarmung des Mannes schon während derselben, als ihr gehörig mit dinglicher Klage in Anspruch zu nehmen, und zwar mit Erfolg auch gegenüber allen Gläubigern, welchen etwa jene Sachen vom Manne verpfändet worden sind. Und dagegen findet auch keine Einwendung wegen Ersitzung oder Verjährung statt, wenn nicht seit Auflösung der Ehe

oder Verarmung des Mannes die dazu erforderliche Zeit abgelaufen ist [§. 162. a. E.][2]. Dasselbe Recht ist der Frau auch bezüglich anderer vom Manne für Dotalgut angeschaffter Sachen (res quasi dotales) verliehen worden[3].

Anm. [1] Vor Justinian hatte die Frau nur ein persönliches privilegium exigendi; vgl. §. 227. A. 3. e. Czyhlarz §. 118. Justinian gab ihr zuerst a. 529. nur bezüglich der Dotalsachen selbst eine Art pfandrechtlicher Sicherheit (vgl. A. 2.), dann aber [ihr und Jedem, dem die neue a. ex stipulatu zusteht, §. 410.] in L. un. §. 1. Cod. de rei ux. act. 5. 13. (a. 530.) ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen des Mannes, und erhob dieses durch L. 12. Cod. qui pot. 8. 17 (18). (a. 531.) zu Gunsten der Frau und ihrer Kinder zu einem privilegirten; vgl. §. 373. A. 2. g. §. 385. not. d. Czyhlarz §. 121. [bes. N. 4.] 122. [Windscheid §. 232. Nr. 6. und A. 14. Ubbelohde im civ. Arch. LVIII. 13.]

[2] Quelle dieser Rechtssätze ist die von Justinian a. 529. erlassene L. 30. Cod. de iure dot. 5. 12. In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam (iubemus *Hal.*) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, (posse) sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio etc. (vgl. §. 404. A. 1.) — §. 1. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse (videantur), per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur. §. 2. Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta, sive per decem sive per viginti annorum curricula, seu per triginta vel quadraginta annorum metas, sive ex alio quocunque tempore maiore vel minore introducta, ea mulieribus ex eo (tempore) opponatur, ex quo possint actiones movere, id est etc. Die Auslegung dieses Gesetzes ist jedoch sehr streitig, und weichen darin noch die beiden neuesten Monographien über das röm. Dotalrecht weit ab von einander: Bechmann II. §. 172.. 175. Czyhlarz §. 119. 120. [Vgl. F. Brandis im civ. Arch. 66. Bd. S. 131 fg. Er versteht hier unter „res dotales" — und dieses verlange das Interesse der Frau, wie das der Gläubiger — nicht die in dote befindlichen, sondern die „zur dos gegebenen Sachen", auch wenn sie jetzt nicht mehr dazu gehören.] Streitig ist namentlich:

a) ob die Worte „si tamen extant" zu deuten sind „wenn die Sachen überhaupt noch existiren" oder vielmehr nur „wenn sie noch im Vermögen des Mannes befindlich, nicht etwa von diesem schon vorher gültig veräußert sind"? Die erste Deutung vertheidigt neuestens Bechmann S. 470 fg.; dagegen Windscheid §. 508. A. 7. Czyhlarz S. 413. Scheurl in d. krit. Vjschr. XI. S. 336. Brinz S. 1277. Baron §. 348. cf. L. 6. in f. Cod. de secund. nupt. 5. 9. „extantes autem ... res, si non fuerint alienatae sive consumtae vel suppositae", L. 12. §. 1. Cod. qui pot. 8. 17 (18). „licet res dotales vel ex his aliae comparatae non extent, sed quocunque modo vel dissipatae vel consumtae sunt (sint)";

b) ob unter den res aestimatae auch venditionis gratia aestimatae res zu verstehen sind oder nur taxationis gratia aestimatae? Für das letzte Kindervater in

Bekker's Jahrb. VI. S. 344., da die res venditionis gratia aestimatae nicht eigentlich dotales res und nicht legum subtilitate Eigenthum des Mannes geworden; dagegen aber mit den Meisten Bechmann II. S. 469 fg. Windscheid §. 503. A. 8. Czyhlarz S. 414.

c) welcher Natur das in L. 30. cit. der Frau verliehene Recht und die ihr gewährte dingliche Klage sei? Nach einer Meinung ist der Frau hier nur ein privilegirtes Pfandrecht gegeben, Löhr im Mag. IV. S. 70 fg.; im civ. Arch. V. S. 295. Dagegen Bechmann [II. S. 476 fg.] findet in L. 30. eine neue aus potenzirter rei vindicatio und hypothecaria actio gemischte dingliche Klage, welche bezwecke, bezüglich der noch existirenden, auch der veräußerten, Dotalsachen die Frau möglichst in die Lage zu versetzen, wie wenn sie ununterbrochen Eigenthümerin geblieben wäre; er erkennt so einen ipso iure eintretenden Rückfall des Eigenthums an die Frau an, den Worten nach nur ex nunc, in der That aber ex tunc wirksam; denn er bemerkt ausdrücklich [II. S. 479.], daß die Dotalsachen nicht anders veräußert werden können, „als mit der ihnen anhaftenden rechtlichen Eigenschaft Dotalsachen zu sein und als solche durch Auflösung der Ehe an die Frau zurückzufallen", und einen anderen Charakter hat keine sog. revocatio dominii ex tunc (§. 128. A. §. 71. A. 6.). Die bisher herrschende Meinung nahm nur wahrhaft ex nunc einen Rückfall oder Anfall des Eigenthums an den nicht gültig veräußerten Dotalsachen an, und gab nur daneben der Frau eine hypothecaria actio zum Schutz gegen die Gläubiger. Puchta §. 416. not. g. Windscheid §. 503., auch noch Czyhlarz in Linde's Ztschr. n. F. XX. S. 24. (vgl. oben §. 128. not. g.) Dieser Meinung entgegen will Ihering in d. dogm. Jahrb. I. S. 126 fg. S. 158 fg. (vgl. X. S. 517 fg.), in der in rem actio der L. 30. cit. nur eine rei vindicatio utilis erkennen, die bloß eine dingliche Steigerung der auf Uebertragung des Eigenthums gerichteten persönlichen Klage gegen den Mann (oder dessen Erben) sei (§. 145. A. 3.). Aber mag man immerhin die Klage nur als utilis rei vindicatio ansehen und einen ipso iure eintretenden Rückfall des Eigenthums an die Frau in Abrede stellen, so ist man doch jedenfalls berechtigt und entspricht es der Tendenz des Gesetzes, die Klage nicht bloß gegen den zur Restitution der Dos Verpflichteten zu gestatten (Ihering I. S. 161 fg.), sondern auch gegen den dritten unberechtigten Besitzer und so auch gegen denjenigen, an welchen erst nach Auflösung der Ehe die Dotalsache vom Mann oder dessen Erben ohne Einwilligung der Frau veräußert worden ist. Kindervater a. a. O. S. 343 fg. 356 fg. Windscheid §. 503. A. 4. §. 174. A. 9. Czyhlarz Dotalrecht §. 120. Scheurl a. a. O. XI. S. 337. Die Klage ist daher zu vergleichen der Publiciana actio in dem Falle, wenn die exceptio iusti dominii durch doli replicatio ausgeschlossen werden kann (§. 170. not. d.), wo der Kläger nach L. 52. D. de acquir. dom. 41. 1. die Sache wahrhaft in bonis hat; daher ist es auch wohl zulässig zu sagen: die Frau könne die Sache als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen, mit einer actio in rem, quae de proprietate est, wie Nov. 91. cap. 1. sich ausdrückt. Die Vindication des Mannes oder seines Erben gegen den dritten Besitzer ist dadurch einstweilen nicht ausgeschlossen; er kann sogar wegen deren Unterlassung verantwortlich werden. Scheurl a. a. O.

d) Streitig ist auch noch, in so fern die L. 30. cit. auch auf die res venditionis gratia aestimatae bezogen wird, ob die Vindication der Frau gegen den Restitutionspflichtigen und gegenüber den Gläubigern desselben auch dann Erfolg habe, wenn ihr Befriedigung ihrer Forderung auf die Aestimatio angeboten wird? neuestens mit Bechmann II. [S. 469 fg. (s. aber auch) S. 222.] noch bejaht von Scheurl a. a. O. [S. 275. 337.], wohl mit Recht verneint von Windscheid A. 8. Czyhlarz S. 419.

3 Diese Erweiterung der L. 30. cit. ist anerkannt in L. 12. §. 1. Cod. qui pot. 8. 17 (18). (vgl. A. 2. a. a. E.), und darauf ist im Justinianischen Recht L. 54. D. de iure dot. 23. 3. zu beziehen: „Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur“, vgl. L. 22. in f. D. h. t. 24. 3. „quae vel in dote(m) datae sunt vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint“. Jhering a. a. O. I. S. 180 fg. Bechmann II. S. 233 fg. 470. Windscheid §. 500. A. 1. §. 503. A. 4. 8. 9., auch Dernburg Pfandrecht I. S. 383. A. 6.

## §. 412.

## B. Paraphernalgut der Frau.*

Das Vermögen der Frau, welches nicht zur Dos gegeben ist, wird mit dem griechischen Ausdrucke παράφερνα bezeichnet[a]. Auf dieses Vermögen und dessen Verwaltung hat die Ehe an sich keinen juristischen Einfluß. Der Mann hat in Beziehung darauf nur so viel Befugnisse, als ihm die Frau einräumt[b]. Diese kann ihm die Verwaltung und zum Zwecke derselben selbst das Eigenthum für die Zeit der Ehe übertragen[c]; aber es entsteht daraus kein eigenthümliches eherechtliches Verhältniß[d]; nur haftet der Mann auch hier, wie bezüglich der Dotalsachen, bloß für diligentia quam suis rebus[e], und hat die Frau wegen ihrer daraus hervorgehenden Ansprüche ein gesetzliches Pfandrecht[f].

Anm. [* Vgl. Hermann Lehrb. d. griech. Antiquit. III. §. 65. A. 15.].

1 Die heutige Terminologie nennt bona parapherna insbesondere diejenigen Güter der Frau, deren Verwaltung dem Manne überlassen ist, arg. L. 11. pr. (L. 11.) Cod. cit. „ut loco paraphernorum apud maritum maneant“; diejenigen dagegen, deren Verwaltung die Frau selbst behält, bona *receptitia*, anknüpfend an [den an alle Paraphernen denkenden] Gell. noct. att. XVII. 6. „servum receptitium, hoc est, proprium servum suum, quem cum pecunia reliqua receperat neque dederat doti, sed retinuerat.“ Der letzte Ausdruck kann leicht zu dem Irrthum verleiten, als müsse sich die Frau die Verwaltung besonders vorbehalten.

2 In Ansehung der von der Frau als ihr gehörig besessenen Güter stellt das R. R. eine eigenthümliche Vermuthung auf (sog. *praesumtio Muciana*). L. 51. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. (Pomp. lib. 5. ad Quintum Mucium.) Quintus Mucius ait: cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Q. Mucius probasse. Vgl. L. 6. in f. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. (§. 414.), Tenge im civ. Arch. XLV. 13. „über die Bedeutung der sog. praesumptio Muciana.“ Seuffert's Arch. II. 302. IX. 298. XI. 250.

a L. 8. Cod. de pact. conv. 5. 14. b L. 8. Cod. cit. L. 17. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. c L. 9. §. 3. D. de iure dot. 23. 3. L. 11. Cod. de pact. conv. 5. 14. d L. 9. §. 3. in f. cit. e L. 11. cit. f cf. §. 373. A. 2. g. β.

## §. 413.

## C. Donatio propter nuptias[a].

Donatio propter nuptias, vor Justinian ante nuptias donatio genannt, ist ein besonderes Rechtsinstitut, ähnlich der Dos, eine Gabe nämlich von Seite des Mannes zu Gunsten der Frau, für den Fall seiner Verarmung oder der Trennung der Ehe durch seine Schuld oder auch durch seinen Tod[b]. Sie ist in ihrer römischen Bedeutung kein praktisches Institut des heutigen gemeinen Rechts[1].

In einem andern Sinn heißt donatio ante nuptias oder sponsalitia eine Schenkung, die unter Verlobten, in Rücksicht auf die beabsichtigte Ehe gemacht wird[c]. Eine solche kann, wenn die Ehe nicht erfolgt, zurückgefordert werden, es trüge denn der Geber die Schuld der Auflösung des Verlöbnisses[d]; jedoch die Schenkung des Bräutigams an die Braut, interveniente osculo[2], nur zur Hälfte, wenn das Verlöbniß durch den Tod aufgelöst wird[e].

Anm. [1] Das Wesen der römischen donatio propter nuptias ist sehr streitig. Vgl. Burchardi im civ. Arch. IX. 10. Warnkönig das. XIII. 1. Löhr XV. 20. XVI. 1. und Francke das. XXVI. 4. Sintenis III. §. 132. A. 3. Brinz S. 1285..1292. Aehnliche, auch wohl mit demselben Namen bezeichnete Verhältnisse des deutschen Rechts sind davon zu unterscheiden. Phillips deutsches Privatrecht §. 132. 133. Gerber deutsches Privatrecht §. 239. Vgl. Bayr. Landr. I. 6. §. 14. Windscheid §. 508.

[2] Puchta §. 424. not. b. „Es bedarf zur Erklärung dieser Bestimmung keiner künstlichen Herleitung aus dem alten Verwandtschaftsrecht, wie sie Klenze (Ztschr. f. gesch. Rtsw. VI. S. 72 fg.) versucht hat. Der Kuß soll das Kennzeichen eines Verlöbnisses sein, das ein näheres Verhältniß unter den Verlobten wirklich zur Folge gehabt hat". Dagegen Sintenis §. 135. A. 10. 11. Ueber den muthmaßlichen Zusammenhang der von Constantin ad Tiberianum vicarium Hispaniarum gerichteten Constitution mit einer spanischen Sitte vgl. [Jac. Gothofredus Cod. Theodos. I. p. 268. c. 2. (zu c. 5. C. Th. III. 5.) und] Spangenberg prakt. Erörtr. I. 9. [und im civ. Arch. XII. S. 269 fg. Für die Richtigkeit dieser letzten Ansicht sprechen auch spätere spanische Rechtsquellen; vgl. Fr. W. Unger Röm. und nationales Recht ... vornehmlich in Kastilien (1848) S. 27 fg., Baron §. 346. a. E. Nicht zu billigen sind die negirenden Behauptungen von Bruns Syrisch-röm. Rechtsbuch S. 262. Aber auch die positiven Auf- und Unterstellungen (S. 259 fg.), wornach das syrische R. B. (s. S. 25. L. §. 91.) das ältere R. darstelle, das dem Constantinischen Gesetze zu Grunde lag, halten wir für verfehlt. Jenes spanische und dieses orientalische Herkommen haben mit einander keinen Zusammenhang. Daß bei diesem nur der beschenkten Braut (nicht auch des Bräutigams) Erwähnung geschieht, erklärt sich u. E. sehr einfach daraus, daß hier (nicht auch im Constant. Gesetz) der „Kuß" ein euphemistischer Ausdruck ist.]

[a] Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsalitiis. 5. 3. [b] L. 17..20. Cod. l. c. Nov. 61. 97. 109. [c] L. 1..16. Cod. l. c. cf. L. 32. §. 28. D. de don. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. [d] L. 15. Cod. l. c. [e] L. 16. Cod. l. c.

## §. 414.
## D. Schenkungen unter Ehegatten[a].

Schenkungen unter Ehegatten, also während des Bestehens einer gültigen Ehe[b], nicht vor deren Eingehung[c] oder nach deren Auflösung[d], sind ungültig[1]; es soll nicht der eine sein Vermögen auf Kosten des andern durch dessen Freigebigkeit bereichern[2]. Die Schenkung ist nichtig[e][2a]; die geschenkte Sache geht nicht in das Eigenthum des Beschenkten über[f]; das Schenkungsversprechen erzeugt keine Klage, die schenkungsweise gewährte Schuldbefreiung ist als nicht geschehen zu betrachten[g]; eine Condictio steht dem Schenker zu, wo sonst auf seine Kosten dem Vermögen des andern ein Vortheil zugegangen ist[h], und so auch[i], wenn der Beschenkte den ursprünglichen Gegenstand der Schenkung nicht mehr hat[3]. Aber die Klage geht nur auf die dem Beschenkten gebliebene Bereicherung[k]; dieser behält auch die Früchte, welche er durch seinen Fleiß von der Sache gewonnen hat[l].

Ueberlebt jedoch der Schenker den Beschenkten nicht, so wird durch seinen Tod die Schenkung vollgültig und unanfechtbar[m], convalescit donatio[4], wenn er nicht seinen Willen geändert hat[n][5] [vgl. auch §. 416. Z. 2. c.], vorausgesetzt, daß die Schenkung aus keinem andern Grunde, als der Ehe wegen, ungültig war[o]. [Vgl. §. 430. not. b. c.] Eine Schenkung auf den Todesfall ist als solche unter Ehegatten immer gültig[p][6].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Savigny System IV. S. 165..194. Windscheid Pand. §. 509. Brinz S. 1303 fg. [A. Keyssner das Verbot d. Schenkung unter Ehegatten ... Straßburg. 1878. Eine Inaug.-Abhdlg., die in ihrem historischen Theile Bechmann's, in ihrem dogmatischen Köppen's Einfluß erkennen läßt. — Fr. Hofmann Schenkungen unter Gatten ... in der Wiener Ztschr. VIII. S. 286 fg.] Die Regel erstreckt sich auch auf Schenkungen von und an Personen, welche mit dem einen Ehegatten durch das Band der väterlichen Gewalt verbunden sind, sowie unter denjenigen, welche mit dem einen und welche mit dem andern Ehegatten in solcher Verbindung stehen: mit Ausnahme der Schenkungen aus oder zum peculium castrense oder quasi castrense. L. 3. §. 2..8. L. 32. §. 16..21. D. h. t. 24. 1. L. 4. 5. Cod. eod. 5. 16. cf. L. 60. pr. D. eod. Diese Ausdehnung hatte ihren Grund in dem ver-

[a] Dig. de donationibus inter virum et uxorem. 24. 1. Cod. de donationibus int. vir. et ux. et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione. 5. 16. [b] L. 3. §. 1. L. 65. D. h. t. cf. L. 32. §. 27. 28. eod. L. 7. Cod. h. t. L. 4. Cod. de incest. nupt. 5. 5. [c] L. 27. 66. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de donat. 39. 5. L. 6. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. cf. L. 5. pr. L. 24. D. h. t. L. 4. Cod. de don. ante nupt. 5. 3. L. 32. §. 22. D. h. t. [d] L. 35. 64. D. h. t. [e] L. 3. §. 10. eod. [f] L. 3. §. 11. L. 5. §. 18. L. 33. §. 1. L. 36. pr. eod. [g] L. 3. §. 10. L. 5. §. 1..5. eod. [h] L. 5. §. 6. 7. eod. [i] L. 5. §. 18. L. 6. eod. [k] L. 7. pr. §. 3. L. 33. §. 1. eod. [l] L. 15. §. 1.. L. 17. pr. eod. L. 45. D. de usur. 22. 1. [m] L. 32. D. h. t. [n] L. 32. §. 3..5. 15. eod. L. 12. Cod. h. t. cf. L. 22. D. de probat. 22. 3. Nov. 162. cap. 1. (unglossirt.) [o] L. 25. Cod. h. t. [p] L. 9. §. 2. L. 10. 11. pr... §. 10. D. h. t.

mögensrechtlichen Einfluß der väterlichen Gewalt nach älterem Recht, der bei jenen beiden Peculien ausgeschlossen war. Nach Justinianischem Recht (§. 429.) wäre es nun zwar consequent gewesen, ebenso auch in anderen Fällen dieser Art eine Aenderung der Regel anzunehmen, und so behauptet auch Savigny a. a. O. S. 172. A. o. die Schenkung an die Kinder in der Gewalt des Mannes sei nun gültig, mit Ausschließung des väterlichen Nutzungsrechts. Aber in den Pandekten sind noch die Grundsätze des älteren Rechts vollständig aufgenomm'n. — Schlechthin ausgenommen von der Regel sind Schenkungen zwischen dem Regenten und dessen Gattin. L. 26. Cod. h. t.

[2] L. 1. D. h. t. *Moribus* apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo (mutuato) amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate. [Cf. Nov. 74. cap. 4. pr.] L. 3. pr. eod. Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est; nam ita ait: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* Cf. L. 28. §. 2. eod. Et sane non amare nec tanquam inter infestos ius prohibitae donationis tractandum est, sed ut inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes. [Dazu Hofmann S. 295 fg.] Nur Schenkungen mit Verminderung des einen zur Bereicherung des andern Vermögens, fallen demnach unter die Regel: L. 5. §. 8..17. L. 7. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 25. eod.; nicht bloße Gewährung des Mitgenusses einer Sache, L. 18. 31. §. 1. eod., oder Gaben des Mannes zu Bestreitung gewöhnlicher Bedürfnisse, L. 15. pr. L. 21. pr. L. 31. §. 8. cf. L. 33. §. 1. eod., nach besonderer Bestimmung auch nicht die zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, L. 14. eod.; sodann auch nicht donationes honoris s. dignitatis mariti causa, L. 40..42. eod. (vgl. Seuffert's Arch. XVII. 251.) oder exilii causa, L. 43. eod., oder divortii causa, quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiunt: L. 11. §. 11. L. 12. 13. pr. L. 60. §. 1. L. 61. 62. eod. Uebrigens bezieht sich die Regel auf jede Art von Schenkung (dando, promittendo, liberando), L. 3. §. 9.. L. 4. L. 5. §. 1..4. D. h. t., auch die unter dem Schein eines onerosen Geschäfts verdeckte, L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 31. §. 3..5. L. 52. pr. D. eod. Vgl. noch insbesondere L. 44. eod. Si extraneus rem viri, ignorans eius esse, ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patremfamilias esse, uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet, et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est ut nullum adquisitioni dominii eius adferat impedimentum; non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae adquirere prohibitae sunt. Savigny in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 10. [und das. 18. S. 424 fg.] (vermischte Schriften III. 25.) hat zuerst diese Stelle mit Herstellung der richtigen Interpunction (vor Ipsius statt hinter scientia) befriedigend erklärt; vgl. Savigny Syst. IV. S. 570 fg.

[[2a] Dennoch birgt sich hinter der Ungültigkeit hier der Gedanke der Widerruflichkeit. Brinz 1. Aufl. §. 283 fg. Hofmann a. a. O. und S. 287. 299. Manche nehmen an, daß hier nicht ein ungültiges, sondern ein unvollendetes Rechtsgeschäft vorliege; s. Köppen in d. dogm. Jahrb. XI. S. 156 fg., 262 fg.]

³ In Ansehung der mit dem geschenkten Gelde erkauften oder durch Specification der geschenkten Sache gewonnenen neuen Sache wird dem Schenker auch utilis rei vindicatio gegeben. L. 29. §. 1. L. 30. L. 55. D. h. t. (§. 145. A. 3.) Kindervater in Bekker's Jahrb. VI. S. 344 fg. 348 fg.

⁴ Dies wurde als Neuerung eingeführt durch eine Oratio des Antoninus Caracalla „ante excessum Divi Severi patris sui" [v. J. 206.] L. 32. pr. D. h. t. vgl. §. 2. ibid. Ait oratio: *Fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse.* §. 14. ibid. Ait enim oratio: *si prior vita decesserit, qui donatum accepit;* non videtur autem prior vita decessisse, qui donatum accepit, cum simul decesserint. (Cf. §. 27. A. 2.) [Vgl. Hofmann S. 291 fg. 298 fg.] — Sehr streitig aber ist die Frage: ob auch das nicht erfüllte Schenkungsversprechen durch den Tod des Versprechenden convalescire? verneint von Wächter im civ. Arch. XVI. 4. Vangerow §. 225. A. 2. u. a. arg. L. 23. D. h. t. (Ulp. lib. 6. ad Sab.) Papinianus recte putabat, orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere: denique, si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit; [für die verneinende Ansicht auf d. syrisch-röm. R. B. L. §. 14 (vgl. Bruns S. 192.) sich zu berufen, wäre das schwächste aller Argumente!]; dagegen bejaht von Löhr im civ. Arch. XVI. 9. (welcher in L. 23. cit. das *recte* ausstreicht), Puchta im Rh. Mus. VI. 9., kl. Schriften S. 332 fg. (welcher L. 23. cit. auf eine frühere beschränktere Oratio des Severus bezieht, cf. Vat. fragm. §. 276. L. 3. pr. (L. 3.) Cod. h. t.), Savigny IV. S. 190 fg. (welcher in L. 23. den zweiten Theil als bloß referirend, nicht billigend auffaßt), und zwar arg. a) L. 32. §. 1. D. h. t. Oratio ... pertinet ... ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt, et obligatio sit civilis; cf. L. 32. §. 23..26. eod. b) L. 33. pr. eod. Si stipulata fuerit mulier annuum ... si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, stipulationem (al. *donationem*) confirmari ex senatusconsulto. §. 2. Et si forte maritus ab uxore stipulatus sit id annuum decesseritque mulier constante matrimonio, dicendum erit, ex oratione donationem convalescere. c) Nov. 162. cap. 1. §. 1., welche ausdrücklich und allgemein die Convalescenz des Schenkungsversprechens anerkennt, jedoch nicht glossirt ist. Vgl. auch noch L. 2. Cod. de dote cauta. 5. 15. Seuffert's Arch. XII. 41. (bejahend), dagegen XVIII. 260. (verneinend). Einen neuen Versuch, den Widerspruch der L. 23. cit. zu beseitigen, macht Schütze in Bekker's Jahrb. III. S. 442 fg., indem er sie von einer donandi animo vorgenommenen sponsio für den Schuldner der Frau versteht und dabei an die Unvererblichkeit dieser Art der Bürgschaft nach altem Recht (Gai. III. 120.) erinnert. Dagegen mit Recht Vangerow 7. Aufl. I. S. 420. Vgl. jetzt die gründliche Erörterung von F. P. Bremer im civ. Arch. LI. 13., welche zu dem Resultat gelangt, daß die mit Rücksicht auf L. 11. Cod. de contrah. stip. 8. 37 (38). L. un. Cod. ut act. et ab hered. 4. 11. interpolirte L. 32. §. 1. cit. den richtigen Gedanken des Just. Rechts ausspreche, L. 23. cit. nur aus Versehen aufgenommen sei. Vgl. auch Windscheid §. 509. A. 35. [und Hofmann S. 292 fg.]

[⁵ Das Nichtwiderrufen ist als Bestätigen gedacht. Köppen S. 158. Windscheid II. §. 509. Nr. 4. Ueber L. 25. Cod. h. t. 5. 16. s. einerseits Windscheid I. §. 83. N. 10., andererseits Wächter I. S. 430 fg.]

[6 Die Reihenfolge obiger Sätze legt den Gedanken nahe, als wäre der letzte Satz aus dem vorigen abgeleitet; sie hängen aber geschichtlich gerade umgekehrt zusammen und hat der letzte Satz schon vor der oratio Antonini gegolten; s. Savigny a. a. O. S. 181 fg.]

## §. 415.

## E. Entwendungen unter Ehegatten[a].

Wegen Entwendungen, die ein Ehegatte gegen den andern begangen, findet selbst nach Auflösung der Ehe nicht die actio furti statt, sondern nur reipersecutorische Klagen[b]. Eine besondere Klage aber, *actio rerum amotarum*, ist für den Fall einer Entwendung gegeben, die ein Ehegatte gegen den andern oder denjenigen, in dessen Gewalt dieser steht[c], mit Rücksicht auf bevorstehende Scheidung begangen hat[d], wenn die Scheidung wirklich erfolgt[e]. Die Klage ist eine condictio[f], gleich der condictio furtiva auf Ersatz gerichtet[g], auch als actio de peculio möglich[h]. Sie wird aber auch schon durch die bloße Beihülfe des Gatten zur Entwendung begründet, ohne daß die Sache an diesen gekommen ist[i], und wird in einer Stelle[k] auch bezüglich der Anstellung gegen die Erben des Schuldigen gleich einer Delictsklage behandelt. Ist dem einen Ehegatten eine ihm nicht gehörige Sache, für die er einem Dritten verantwortlich ist, durch den andern entwendet worden, so ist die actio rerum amotarum schon während der Ehe zulässig[l].

Anm. Windscheid §. 454. A. 24. erklärt die actio rer. amot. für unpraktisch; dagegen Brinz S. 1302 fg.

## §. 416.

## F. Vermögensrechtliche Folgen der Ehescheidung.

Die Ehescheidung kann, abgesehen von den Folgen der Auflösung der Ehe überhaupt, noch besondere vermögensrechtliche Wirkungen haben. Nach römischem Recht sind 1) bedeutende Vermögensnachtheile als Strafen gesetzwidriger Scheidung festgesetzt[a]. Diese sind jetzt unpraktisch, weil nach heutigem Recht eine Ehescheidung durch Privatwillkür gar

[a] Dig. de actione rerum amotarum. 25. 2. Cod. 5. 21. [b] L. 1. 2. 3. §. 2. L. 22. §. 1. L. 24. 25. D. h. t. cf. L. 2. Cod. h. t. [c] L. 3. §. 4. L. 6. §. 1. L. 15. §. 1. D. eod. [d] L. 11. §. 1. L. 17. §. 1. L. 20. 21. pr. eod. [e] L. 25. 30. eod. cf. L. 6. §. 3..6. eod. — L. 2. Cod. h. t. [f] L. 26. D. eod. [g] L. 17. §. 2. L. 21. §. 3..6. eod. [h] L. 3. §. 4. L. 4. 5. 6. §. 1. D. eod. [i] L. 19. 20. eod. [k] L. 3. Cod. h. t. cf. L. 6. §. 4. D. h. t. §. 104. A. 2. [l] L. 22. §. 4..4c. (§. 4.) Cod. de furt. 6. 2.

[a] Nov. 117. cap. 13. Nov. 127. cap. 4. Nov. 134. cap. 11. cf. Nov. 140. L. 8..11. Cod. de repud. 5. 17.

nicht mehr stattfindet. 2) Solche Vermögensnachtheile sind aber auch, und zwar zum Vortheil des andern Ehegatten, demjenigen angedroht, welcher die Ehescheidung verschuldet, indem er durch sein Betragen eine rechtmäßige Ursache dazu gegeben hat[b], und diese Bestimmungen sind auch heutzutage noch anwendbar[1], nicht nur bei vollständiger Auflösung der Ehe (quoad vinculum) nach protestantischem Eherecht, sondern auch bei der nach katholischem Eherecht allein möglichen [im R.G. v. 1875. §. 77. aber nicht anerkannten] Trennung von Tisch und Bett[c]. Es verliert nämlich a) die schuldige Frau an den Mann die Dos, welche sonst an sie zurückfallen würde, und wenn sie keinen solchen Dotalanspruch hat, ein Viertheil ihres Vermögens, jedoch nicht über hundert Pfund Goldes; ist sie des Ehebruchs überführt, so wird diese Strafe noch um $1/3$ erhöht. b) Der Mann als schuldiger Theil hat umgekehrt an die Frau nebst der Dos die donatio propter nuptias[2], und in Ermanglung einer solchen ebenfalls ein Viertheil seines Vermögens (mit gleicher Beschränkung) herauszugeben, noch um $1/3$ dieses Betrages mehr aber, wenn er die Frau fälschlich des Ehebruchs angeklagt oder durch Unterhaltung einer Beischläferin ihr zur Scheidung Ursache gegeben hat. — Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so ist diesen [hier, wie im Falle a.] die Proprietät an dem fraglichen Vermögen vorbehalten; der unschuldige Ehegatte erhält daran nur den Nießbrauch. 3) Außerdem verliert natürlich jeder Ehegatte durch die Scheidung [ohne Rücksicht auf Schuld] diejenigen Vermögensvortheile, welche ihm im Fall der Aufhebung der Ehe durch den Tod zugekommen wären[d], und besteht in dieser Beziehung die Vermuthung, daß, was ein Ehegatte dem andern letztwillig zugedacht hat, diesem nur im Falle der Trennung der Ehe durch den Tod, nicht auch im Falle der Scheidung hinterlassen sein solle[e].

Anm. [1] Vgl. darüber, sowie über verschiedene streitige Punkte in dieser Lehre Sintenis III. §. 136.

[2] Da nach Nov. 97. cap. 1. der Dos immer eine donatio propter nuptias von gleichem Vermögensbetrage entsprechen und hierin eine völlige Gleichstellung beider Ehegatten statthaben sollte, so behaupten Manche, daß nun heutzutage, wenn eine Dos ohne entsprechende donatio propter nuptias bestellt sei, anstatt der letzten der schuldige Mann einen der ersten gleichkommenden Betrag aus seinem Vermögen zu zahlen habe. Göschen §. 708. [III. 1. S. 100.] Sintenis a. a. O. S. 79.

[b] Nov. 117. cap. 8. 9. cf. L. 11. §. 1..1 c. (§. 1.) Cod. l. c. [c] arg. cap. 4. X. de donat. int. v. et u. 4. 20. [d] L. 62. §. 1. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. cf. L. un. §. 1. D. unde vir et uxor. 38. 11. [e] L. 49. §. 6. D. de legat. III. L. 3. D. de auro. 34. 2. cf. L. 11. §. 10. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.

## §. 417.

### G. Folgen der Wiederverheirathung [a].

Mit der Wiederverheirathung nach Auflösung einer frühern Ehe verbindet das römische Recht verschiedene vermögensrechtliche Folgen, wesentlich zu Gunsten der Kinder aus der frühern Ehe, zum Nachtheil aber des sog. coniux oder parens binubus (oder auch trinubus u. s. w.). Man nennt sie, nicht ganz passend, poenae secundarum nuptiarum [1].

1) Der Binubus verliert an die Kinder aus der frühern Ehe die Proprietät der sog. *lucra nuptialia,* d. h. aller derjenigen Güter, welche er von Seiten des frühern Ehegatten, sei es durch Schenkung oder letztwillige Verfügung oder durch Dos oder Donatio propter nuptias gewonnen hat [2]; er behält daran nur den Nießbrauch. Die Veräußerung dieser Güter, selbst die schon vor Eingehung der andern Ehe vorgenommene, ist zu Gunsten der Kinder ungültig [3], kann jedoch von diesen oder deren Nachfolgern erst nach dem Tode des Parens binubus angefochten werden, und convalescirt, soweit durch den frühern Tod eines Kindes die Proprietät an jenen zurückkommt [3a]. Die Proprietät fällt an die Kinder nach Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, aber ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben des erstverstorbenen Parens geworden sind, jedoch mit Ausschluß derjenigen, welche gegen diesen sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht haben [b]. Bestand das lucrum nuptiale an sich schon im Nießbrauch, so erleidet es durch die Eingehung der andern Ehe keine Schmälerung [c]. Den Kindern aus dieser Ehe soll andererseits die Dos oder Donatio propter nuptias, welche der Binubus daher bezogen hat, ebenfalls ungeschmälert vorbehalten sein [d].

2) Der Binubus kann dem neuen Ehegatten auf keine Weise, weder inter vivos noch mortis causa, von seinem Vermögen mehr zuwenden, als das am wenigsten bedachte seiner Kinder aus der frühern Ehe, es sei denn ein solches, das er hätte enterben können, bekommt [e]. Ob diese Vorschrift verletzt sei, bestimmt sich nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes des Binubus. Das dem zweiten Ehegatten zu viel Gegebene wird unter die Kinder voriger Ehe zu gleichen Theilen vertheilt [4]. Auch eine Verminderung der Dos oder Donatio propter nuptias für die zweite

[a] Cod. de secundis nuptiis. 5. 9. [b] Nov. 22. cap. 22 . . 26. cf. Nov. 2. cap. 1. 2. 4. L. 6. §. 4 . . 8 (1). Cod. h. t. 5. 9. cf. §. 373. A. 2 f. *β*. [c] Nov. 22. cap. 32. 33. cf. L. un. Cod. si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfructum reliquerit. 5. 10. [d] Nov. 22. cap. 29. [e] L. 6. pr. §. 1 . . 3. (pr.) Cod. h. t. Nov. 22. cap. 27. 28.

Ehe ist ungültig, sofern dadurch der zweite Ehegatte obiger Vorschrift zuwider begünstigt wird[f].

3) Der Parens binubus[5] bleibt nicht ferner befreit von Cautionsleistung für Vermächtnisse, die er an Kinder voriger Ehe zu entrichten hat[g].

4) Die Mutter, welche ein Kind früherer Ehe mit Geschwistern desselben zusammen ab intestato beerbt hat[6], verliert durch Eingehung einer andern Ehe die Proprietät an ihrem Erbtheil zum Vortheil ihrer Miterben, und behält nur den Nießbrauch. Tritt der Erbfall erst nachher ein, so erhält sie von Anfang an nur den Nießbrauch daran[h].

5) Die mater binuba ist in Rücksicht des Widerrufs von Schenkungen an die Kinder voriger Ehe mehr beschränkt wie sonst[i].

6) Dieselbe verliert die Vormundschaft über jene Kinder[k], sowie auch den vorzugsweisen Anspruch auf deren Erziehung[l], und erleidet zudem noch dieselben Nachtheile, wie bei Verletzung des Trauerjahrs (§. 418.), wenn sie zur andern Ehe geschritten ist, bevor sie jenen Kindern einen andern Vormund erbeten, Rechnung gelegt und ihre Verbindlichkeiten aus der Vormundschaft erfüllt hat[m].

Außerdem verliert der Ehegatte durch Wiederverheirathung dasjenige, was ihm von irgend jemanden unter der Bedingung oder Auflage, im Wittwenstande zu bleiben (indicta viduitate), zugewendet worden ist[n].

Anm. [1] Eine übersichtliche Darstellung derselben gibt Geiger in Linde's Ztschr. XIX. 7. vgl. Vangerow §. 227. A. 1. Insbesondere über die Frage, ob der erstverstorbene Ehegatte dem Ueberlebenden durch letzten Willen die Strafen der zweiten Ehe erlassen könne? Geiger a. a. O. S. 222 fg., gegen diesen aber Majer in Linde's Ztschr. n. F. V. 7. [recte: 8.]. Seuffert's Arch. IX. 300.

[2] Die Proprietät der Dos, welche der Mann, beziehungsweise der donatio propter nuptias, welche die Frau lucrirte, sollte nach Nov. 98. schlechthin, ohne Rücksicht auf eine zweite Ehe, den Kindern vorbehalten sein; aber durch Nov. 127. cap. 3. wurde dem überlebenden Ehegatten zu einem Kopftheil das Eigenthum gegeben, und darauf findet nun auch die obige Rechtsvorschrift Anwendung. Vgl. Marezoll in Linde's Zeitschrift III. 5. [Errichtung eines Inventars: Heinzerling und Büff im prakt. Arch. n. F. XI. S. 396 . . 402.]

[3] Sofern die lucra nuptialia beim Tode des Parens noch vorhanden, weder veräußert noch consumirt worden sind, sollen sie, auch wenn jener nicht eine andere Ehe

[f] L. 19. §. 3. Cod. de donat. ante nupt. 5. 3. Nov. 22. cap. 31. [g] L. 6. §. 1 a. (§. 1.) Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. Nov. 22. cap. 41. [h] Nov. 22. cap. 46. cf. Nov. 2. cap. 3. [i] L. 7. Cod. de revoc. donat. 8. 55 (56). Nov. 22. cap. 35. cf. §. 82. A. 2. [k] Nov. 22. cap. 40. Nov. 94. cap. 2. [l] Nov. 22. cap. 38. L. 1. pr. (L. 1.) Cod. ubi pup. 5. 49. [m] Nov. 22. cap. 40. [n] Nov. 22. cap. 43. 44. cf. Cod. de indicta viduitate et de lege Julia miscella tollenda. 6. 40. cf. §. 72. A. 5 a.

eingegangen war, doch den Kindern zukommen, ohne Rücksicht darauf, ob sie jenen beerbt haben oder nicht. L. 5. §. 7. (2.) L. 6. §. 10. 11. (3.) Cod. h. t. 5. 9.

[3a Ueber diesen keineswegs klaren und nicht unbestrittenen Punkt vgl. Sintenis III. §. 137. A. a. 1. Vangerow I. §. 227. A. 1. 1a. Windscheid §. 511. Z. 1.]

4 Die Meinung, daß auch der zweite Ehegatte mit theile, gründet sich auf offenbar falsche Erklärung der Worte [des Vulgattextes]: hoc autem, quod plus est, divident ad invicem grati filii parentibus (Nov. 22. cap. 27.), wie aus dem griechischen Texte vollends unzweifelhaft hervorgeht.

5 Ohne Grund beschränken Viele dieses bloß auf den Vater, und nur auf einen ganz speciellen Fall will es beschränken Marezoll in Linde's Ztschr. V. S. 372 fg. Brinz S. 1227.

6 Viele dehnen dies nach Nov. 118. auch auf den Vater aus, welcher bis dahin nicht mit Geschwistern zusammen sein Kind beerben konnte, und es ist nicht zu leugnen, daß die Gleichstellung beider Eltern in dieser Beziehung an sich angemessen scheint. Dagegen aber Marezoll a. a. O. S. 397.; gegen diesen wieder Geiger a. a. O. S. 204 fg.

## §. 418.

## H. Besondere Folgen vorzeitiger Wiederverheirathung.

Nach römischem Recht sollte die gewesene Gattin nicht vor Ablauf eines Jahres seit Endigung ihrer frühern Ehe (des sog. Trauerjahres) zu einer andern Ehe schreiten, sowohl wenn die Ehe durch Scheidung, als wenn sie durch den Tod des Mannes aufgelöst war [1]. Die Frau, welche dagegen verstieß, erlitt Infamie [a] und sollte zudem alles, was sie vom vorigen Mann erhalten, an dessen Descendenten, Ascendenten oder Seitenverwandte bis zum zweiten Grade, und in deren Ermangelung an den Fiscus verlieren [1a], dem neuen Gatten auf keine Weise mehr als ein Drittheil ihres Vermögens zuwenden können, und unfähig sein, durch Schenkung oder letzten Willen etwas zu erwerben oder andere Personen, außer Verwandten bis zum dritten Grade einschließlich, ab intestato zu beerben, und diese Strafen sollten ihr selbst durch den Regenten nicht erlassen werden, wenn sie nicht sofort die Hälfte ihres Vermögens vollständig ihren Kindern abtrat [b]. Dieselben Strafen sollten nach Justinians Vorschrift [c] die Frau auch dann treffen, wenn sie innerhalb des Jahres ein Kind gebar, von dem es gewiß war, daß nicht ihr voriger Mann dessen Vater sei.

Das kanonische Recht hat jedoch die Infamie wegen Verletzung des Trauerjahres aufgehoben [d], und darauf gestützt hat die Praxis

a L. 15. Cod. de caus. ex quib. infam. 2. 11 (12). L. 2. Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. L. 11. §. 3. D. de his qui not. infam. 3. 2. — L. 9. Cod. de repud. 5. 17. cf. L. 8. §. 4. . 4 b. (4.) eod. b Nov. 22. cap. 22. cf. L. 1. 2. Cod. de sec. nupt. 5. 9. L. 4. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. c Nov. 39. cap. 2. d cap. 4. 5. X. de sec. nupt. 4. 21.

überhaupt jene Strafen beseitigt, nur die Bestrafung der Unzucht innerhalb desselben durch Verlust der lucra nuptialia beibehalten[2]. [Jetzt ist das R.G. v. 6. Febr. 1875. §. 35 fg. maßgebend[3].]

Anm. [1] Alte Sitte forderte überhaupt nach dem Tode der nächsten Angehörigen die Beobachtung einer gewissen Trauerzeit, von Seiten der Wittwe insbesondere eine zehnmonatliche vom Tode des Mannes an. Vat. fragm. §. 320. 321. Pauli sent. l. 21. §. 13. 14. cf. L. 23. 25. pr. D. de his qui not. infamia. 3. 2. Klenze in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. VI. S. 32 fg. [Leist gräco-ital. Rechtsgesch. S. 88 fg.] Die Verletzung dieser Trauerpflicht machte infam. Paul. l. c. §. 13. „Qui contra fecit, infamium numero habetur". Innerhalb jener Trauerfrist nun durfte die Wittwe auch nicht wieder heirathen, und dies selbst dann nicht, wenn der verstorbene Mann ein solcher war, quem more maiorum lugeri non oportet, wie perduellionis damnati, suspendiosi oder qui manus sibi intulerunt mala conscientia, aus Rücksicht auf die Sicherheit der Vaterschaft der Kinder, die sie noch gebären möchte; die Uebertretung hatte für sie selbst und für Andere als Miturheber Infamie zur Folge. L. 1. 8.. 12. D. l. c. L. 15. Cod. eod. 2. 11 (12). („quum ... tam ea, quam is qui duxit eam uxorem ... perpetuo edicto labem pudoris contrahat"). Vgl. Rudorff in der Ztschr. f. Rtsgesch. IV. S. 58 fg. Und dies ist Rechtens geblieben, auch nachdem sonst die Trauerpflicht ihre juristische Bedeutung verloren (cf. L. 23. cit.), und ist unter den christlichen Kaisern noch sehr verschärft worden, indem die Trauerzeit der Wittwe auf ein Jahr erstreckt, auch im Fall der Scheidung dieselbe Frist der Wiederverheirathung gesetzt, und vorzeitige Wiederverheirathung noch mit andern Nachtheilen bestraft wurde (not. a. b.). Aber in den Digesten ist noch ein Satz aufgenommen, der eine Ausnahme zu rechtfertigen scheint, L. 11. §. 2. D. l. c. „eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, ... statim posse nuptiis se collocare". Man beschränkt ihn nach dem Zusammenhang mit §. 1. u. 3. ibid. wohl mit Recht auf die Fälle, wo eine Trauerpflicht der Wittwe nicht oblag, wo es nur darauf ankam, die turbatio sanguinis zu vermeiden (cf. L. 11. §. 1. cit. „tempus ... quo vir elugeretur, qui solet elugeri propter turbationem sanguinis"). [Für den Wittwer besteht keine rechtliche Trauerpflicht. L. 9. pr. D. de his qui not. 3. 2.] Vangerow §. 227. A. 2. Windscheid §. 512. A. 1. Vgl. auch Brinz S. 1221 fg.

[[1a] Nov. 22. c. 22. pr. i. f. ... quae vero a priore marito, haec illi ablata pervenient ad decem personas marito, qui eas reliquit, cognatione iunctas et edicto comprehensas, hoc est adscendentes et descendentes et collaterales usque ad secundum gradum, gradibus in suo ordine servandis; quibus non existentibus ad aerarium venient. Ueber die „decem personae" s. Coll. XVI. 9. §. 2. L. 1. Cod. de sec. nupt. 5. 9. §. 3. J. de b. poss. 3. 9.]

[2] Das cap. 4. X. l. c. sagt: Super illa ... quaestione, qua quaesitum est, an ... mulier possit sine infamia nubere infra (intra) tempus luctus secundum leges definitum ... respondemus, quod, cum apostolus dicat: *mulier viro suo mortuo soluta est a lege viri sui et in domino nubat, cui voluerit,* per licentiam et auctoritatem apostoli eius infamia aboletur. Man wendet nun zwar ein, daß nach den Regeln der Gesetzesauslegung hierdurch nicht auch die übrigen Folgen der Verletzung des Trauerjahres für beseitigt zu halten seien, Vangerow a. a. O., muß aber doch einräumen, daß „sie allgemein in Vergessenheit gerathen sein" dürften, Sin-

tenis §. 187. A. 15., wornach denn nicht einzusehen ist, warum sie nur, „als durch particularen Gerichtsgebrauch in desuetudinem gekommen" sollten nachgewiesen werden können. Richtiger sagt umgekehrt Böhmer in annot. ad cap. 4. cit. Interim haec dispositio intercessit, ne poenae secundarum nuptiarum intra annum luctus iuris romani in Germania recipi potuerint. Quae vero *nova lege provinciali* de anno luctus hinc inde proposita sunt, unice ex hac, non ex iure romano, quoad poenam, aestimari debent. Vgl. übrigens Glück XXIV. S. 197 fg. Geiger a. a. O. S. 228 fg. Puchta §. 429. a. E.

[3 „Neuere Particularrechte haben sowohl für die Wittwe, wie für die Geschiedene eine Wartezeit angeordnet, und ihre Mißachtung mit mäßigen Strafen belegt; diese Particulargesetze hat das R. G. vom 6. Febr. 1875. §. 35. 36. bestätigt, jedoch mit dem Zusatz, daß die Wartezeit zehn Monate betragen müsse". Baron §. 351. a. E. Vgl. Mandry §. 41. g. E.]

---

## Zweites Capitel.

### Vom Verhältniß unter Aeltern und Kindern.

### §. 419.

Das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern ist, wie die Ehe, im Allgemeinen mehr von sittlichem als juristischem Charakter, aber doch zugleich in verschiedenen juristischen Beziehungen wirksam. Nach der Natur dieses Verhältnisses ist auch im Wesentlichen die Stellung beider Aeltern zu den Kindern eine gleiche, obwohl mit einem natürlichen Uebergewicht der Autorität des Vaters. Im römischen Recht aber ist eine Gewalt des Vaters über die Kinder mit besonderem juristischen Charakter anerkannt, wodurch sich die väterliche Gewalt, patria potestas, als ein familienrechtliches Institut von selbständiger eigenthümlicher Bedeutung darstellt, verschieden von dem Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt. Das römische Recht hat übrigens in dieser Lehre nicht nur bis auf Justinian sehr erhebliche Wandelungen durchgemacht, sondern auch in seiner spätern Anwendung, unter dem Einfluß deutschrechtlicher Anschauungen, mannigfache Aenderungen erfahren.

Anm. Vgl. Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. II. (1847.) Cap. 6. „Aelterliche Vormundschaft". S. 586..696. Heimbach „Väterliche Gewalt" im Rtslex. XII. S. 1..96. Windscheid §. 513..525.

## I. Von der väterlichen Gewalt[a].

### A. Entstehung derselben.

### §. 420.

#### 1) Durch Geburt.

Die in rechtlich gültiger Ehe erzeugten [§. 39.] Kinder fallen durch die Geburt sofort in die väterliche Gewalt des Erzeugers[b]. Wenn dieser selbst noch in väterlicher Gewalt steht oder bis zu seinem früher erfolgten Tode gestanden hat, so hat sein Vater die väterliche Gewalt auch über den Enkel, und geht diese erst durch dessen Tod auf den noch lebenden Erzeuger selbst über[c].

Anm. Nach heutigem Recht stehen die in vermeintlich gültiger Ehe (sog. matrimonium *putativum*) erzeugten Kinder in gleichem Verhältniß, wie die in wirklich gültiger Ehe erzeugten, sofern wenigstens der Vater das der Ehe entgegenstehende Hinderniß nicht kannte. Cap. 2. 14. 15. X. qui filii sint legitimi. 4. 17. (§. 476.).

### §. 421.

#### 2) Durch Legitimation[a].*

Unehelich gezeugte[1] Kinder[1a] können das Recht ehelicher Kinder erlangen und so denn auch in die väterliche Gewalt ihres Erzeugers kommen 1) durch nachfolgende Ehe zwischen diesem und ihrer Mutter[b] (legitimatio *per subsequens matrimonium*)[2], wobei es einer besondern Erklärung des Willens, die Kinder zu legitimiren, nicht bedarf, wenn nur die Vaterschaft durch Anerkennung von Seiten des Vaters außer Zweifel ist[2a]; 2) durch Concession des Regenten (legitimatio *per rescriptum principis*) auf Gesuch des Vaters[c], oder auch, wenn dieser in seinem letzten Willen den Wunsch ausgesprochen hat, nach dessen Tode noch auf Gesuch der Kinder selbst oder ihrer Mutter[d], wodurch denn freilich nur bewirkt werden kann, daß sie dieselben Rechte erhalten, als ob sie noch bei Lebzeiten des Vaters legitimirt worden wären[3]. Zur Entstehung der väterlichen Gewalt ist übrigens immer auch die Einwilligung der Kinder erforderlich, sofern sie willensfähig sind[e]; nur die

[a] Inst. de patria potestate. 1. 9. Cod. 8. 46 (47). cf. Dig. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. 1. 6. [b] pr. J. l. c. §. 12. J. de nupt. 1. 10. cf. §. 39. [c] L. 4. 5. D. l. c. pr. J. quib. mod. ius pot. 1. 12.

[a] Cod. de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis iusti efficiuntur. 5. 27. Nov. 74. 89. cf. cap. 1. 6. 13. X. qui filii sint legitimi. 4. 17. [b] L. 10. 11. Cod. h. t. 5. 27. Nov. 12. cap. 4. Nov. 89. cap. 8. §. 13. J. de nupt. 1. 10. [c] Nov. 74. cap. 1. 2. Nov. 89. cap. 9. [d] Nov. 74. cap. 2. §. 1. Nov. 89. cap. 10. [e] Nov. 89. cap. 11.

Rechte ehelicher Geburt erlangen sie ohnedies von selbst durch die nachfolgende Ehe der Aeltern[f4].

Anm. [* Die Ausdrücke legitimare, legitimatio sind nicht römisch.]

[1 Vorehelich gezeugte, in der Ehe geborene, vom Vater anerkannte Kinder sind nach römischem R. legitimirte (L. 11. Cod. h. t. Nov. 89. cap. 8.; Windscheid §. 522. N. 3.), nach österreich. R. legitime Kinder (A. b. G. B. §. 161. vgl. §. 156. 752 pr.); gleiches behauptet für's gemeine Recht Wächter Pand. II. S. 598. 2.]

1a Nach R. R. beschränkt sich die Legitimation [Ausnahme s. A. 3. a. E.] auf die im Concubinat erzeugten Kinder, naturales liberi. Schneider in Linde's Ztschr. XII. 10. [Wolf Leg. per subseq. matr. (1881.) S. 25 fg. (vrbr. F. Hofmann in d. Wiener Ztschr. X. S. 138 fg. Schierlinger in d. krit. Vjschr. XXIV. S. 98.)] Nach kanonischem und heutigem Recht, das den Concubinat nicht mehr als ein erlaubtes Verhältniß anerkennt, können überhaupt uneheliche Kinder (spurii) legitimirt werden; streitig ist nur, ob auch ex damnato coitu nati? wie jedoch die Meisten mit Recht annehmen, arg. cap. 6. X. l. c. cap. 3. 6. X. de eo qui duxit in matr. quam polluit per adulterium. 4. 7. Vangerow §. 254. 255. A. 2. Heimbach S. 22 fg. [Wolf S. 50 fg.] Vgl. Seuffert's Arch. I. 352. III. 65. V. 188. XIII. 42. 43. XIV. 239. XV. 227. XVIII. 261. [Seit dem Ges. v. 6. Febr. 1875 ist die Ehe zwischen Ehebrechern nur mit Dispens, zwischen des Incestes Schuldigen aber niemals möglich.]

2 Diese Legitimation wurde zuerst einigemal nur vorübergehend gestattet. L. 6. 7. Cod. h. t. 5. 27. [Wolf S. 2 fg.] Erst Justinian führte sie als bleibendes Institut ein (not. b.), [wobei er sich nicht durch die noch in L. 6. Cod. h. t. vorwaltende Rücksicht auf den Vater, sondern durch die auf die Kinder bestimmen ließ, s. Wolf S. 6..17.], schrieb aber, um die Gewißheit der Verwandlung des Concubinats zur Ehe herzustellen, die Errichtung von instrumenta dotalia vor. [Genügen irgend welche Ehepacten, oder mußte gerade eine Dosbestellung vorliegen? für letzteres Wolf S. 55 fg.] Diese Vorschrift kommt jetzt nicht mehr in Betracht, da das heutige Recht ohnehin für Eingehung der Ehe eine besondere Form erfordert. Vgl. übrigens Dieck Beitr. zur Lehre v. d. Legitimation durch nachfolgende Ehe. 1832. Vangerow §. 255. [Manche behaupten, die Ehe müßte schon zur Zeit der Zeugung möglich gewesen sein. Dagegen Thibaut Versuche I. 10.; Vangerow §. 255. A. 1.; Wolf §. 5.]

[2a Noch weiter geht Wolf (S. 89 fg.): weder Consens des Vaters, noch auch seine Anerkennung der Vaterschaft sei erforderlich, wenn diese nur anderweitig erwiesen sei. Dies wird aber gegen den leugnenden Vater (nach gem. R.) in den seltensten Fällen gelingen!]

3 Dies ist die unpassend sog. legitimatio *per testamentum*; vgl. Vangerow §. 256. A. 2. Nach Justinian's Vorschrift soll übrigens die Legitimation durch den Regenten nur unter der doppelten Voraussetzung gewährt werden, daß keine rechtmäßigen Kinder vorhanden sind [für die L. durch nachfolgende Ehe wurde dies Erforderniß von Justinian nicht festgehalten; Wolf S. 19 fg.] und daß die Legitimation durch Ehe nicht möglich ist (not. c.). Allein die Legitimation ist gleichwohl gültig, wenn nur der Regent sie in Kenntniß des Mangels dieser Voraussetzungen kraft seiner Gesetzgebungsgewalt gewährt hat; ein Recht auf die Gewährung haben Vater und Kind überall nicht,

f cap. 6. X. l. c. 4. 17.

auch dann nicht, wie Manche behaupten (Vangerow a. a. O. [A. 1.]; Heimbach S. 29.), wenn die von Justinian gesetzten Bedingungen gegeben sind; denn wenn das Gesetz nur gestattet, ein Gesuch (preces) an den Regenten zu richten, so versteht sich von selbst, daß der Erfolg von der Gewährung abhängt. — Eine dritte Art der Legitimation nach R. R., *per oblationem curiae* (Nov. 89. pr. cap. 2..6.), die nicht auf Concubinenkinder beschränkt war, ist unpraktisch. Ungegründet aber ist die Annahme einer sog. legitimatio per nuncupationem filii, die man aus der Auth. *si quis* ad L. 11. Cod. h. t. oder Nov. 117. cap. 2. hat ableiten wollen: Seuffert's Arch. V. 189. Dagegen jedoch Schirmer Erbrecht I. S. 212. A. 6., aber ohne zu behaupten, daß sie praktisch sei. Vgl. Windscheid §. 522. A. 7.

[[4] Wolf S. 63 fg. 86 fg. behauptet: die Leg. könne nicht gegen den Willen des Kindes, ja selbst dann nicht erfolgen, wenn sich das Kind nur gegen die väterliche Gewalt ablehnend verhält. Die letztere Behauptung geht doch wohl zu weit.]

## §. 422.

### 3) Durch Adoption [a].

Die väterliche Gewalt über eine Person kann auch ohne Voraussetzung eines natürlichen Kindesverhältnisses durch einen juristischen Act begründet werden, durch welchen Jemand dieselbe an Kindesstatt annimmt, sei es, daß diese bisher schon in väterlicher Gewalt eines Andern gestanden hat, oder nicht, also selbständig (sui iuris, §. 28.) war. Im ersten Fall ist es Adoption im engern Sinn, im andern Fall heißt die Adoption insbesondere Arrogatio [b]. Die letzte erforderte ursprünglich einen Beschluß der Curien in Gemäßheit einer förmlichen Rogatio, daher der Name Arrogatio oder adoptio per populum [c]; nach neuerem Recht geschieht sie durch ein Rescript des Regenten, daher adoptio per principem [d]. Die Adoption im engern Sinn geschieht durch Erklärung zu gerichtlichem Protokoll, von Seiten sowohl des Adoptirenden als des bisherigen Vaters, welcher das Kind zur Adoption gibt, in Gegenwart auch des Kindes, welches, wenn es willensfähig ist, durch seinen Widerspruch die Adoption hindert [e]. Die Arrogation dagegen erfordert wesentlich die Einwilligung des Arrogirten, und, wenn er unter Vormundschaft steht, die Zustimmung der Vormünder [f].

[Anm. Ueber die ältere Form der datio in adoptionem s. Kuntze Cursus §. 754.; vgl. die Form der emancipatio ebda. §. 755.]

[a] Inst. de adoptionibus. 1. 11. Dig. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis, quibus potestas solvitur. 1. 7. Cod. de adoptionibus. 8. 47 (48). [b] L. 1. §. 1. D. h. t. 1. 7. [c] Gai. I. §. 98. 99. [d] §. 1. J. h. t. L. 2. pr. D. h. t. L. 2. 6. 8. Cod. h. t. [e] L. 11. Cod. h. t. §. 8. J. quib. mod. ius pot. 1. 12. cf. L. 5. 42. D. h. t. [f] L. 5. 8. D. h. t. L. 5. §. 1..3. (L. 5.) Cod. de auct. praest. 5. 59.

## §. 423.

Der Adoptirende muß 1) selbst sui iuris und 2) wenigstens um 18 Jahre älter sein als der Adoptirte, plena pubertate eum praecedere debet[a]; sodann können 3) Castraten nicht adoptiren[b]. 4) Der Adoptirte darf nicht ein uneheliches Kind des Adoptirenden sein, welches nach §. 421. legitimirt werden könnte[c], oder 5) ein von demselben schon einmal adoptirtes, aber aus der väterlichen Gewalt wieder entlassenes Kind[d]. Auch kann 6) die Adoption weder unter Bedingung oder Zeitbestimmung[e], noch durch Stellvertreter geschehen[f]. Uebrigens kann Jemand nicht nur als Sohn oder Tochter, sondern auch als Enkel oder Enkelin adoptirt werden, selbst von demjenigen, der keinen Sohn hat[g], und von dem, der einen oder mehrere Söhne hat, sowohl schlechthin[h] (adoptio in locum nepotis ex incerto filio), als mit Beziehung auf einen bestimmten Sohn, der als Vater des Adoptirten gelten soll (adoptio in locum nepotis ex certo filio), wozu aber, damit diese Wirkung eintrete, auch dieses Sohnes Einwilligung erforderlich ist[i], und consequent auch das entsprechende Altersverhältniß desselben zu dem Adoptirten vorausgesetzt werden muß[k].

Anm. Das R. R. enthält die Andeutung: Adoptio ... naturam imitatur, §. 4. J. h. t. und: Adoptio ... in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere, L. 16. D. h. t., und begründet dadurch namentlich den Satz, daß nicht der Jüngere eine ältere Person adoptiren könne; aber es hält jenes nicht als Princip der Lehre fest, woraus man weitere Folgerungen machen könnte; vielmehr erkennt es im Widerspruch damit auch die Adoption durch einen Unverheiratheten und selbst einen Zeugungsunfähigen als möglich an. L. 2. §. 1. L. 30. D. h. t. vgl. auch L. 37. pr. eod. (not. g.). — [In byzantinischen und syrischen Quellen wird ein — den Römern und alten Griechen fremder — Verschwisterungspact erwähnt und verboten; s. Bruns (s. oben §. 418.) S. 254 fg. Manche Stellen legen den Gedanken an eine Art Erbverbrüderung nahe; andere erinnern an die südslavische Sitte der ideal gedachten Verschwisterung von Mann und Mädchen.]

## §. 424.

Vor der Vollziehung der Adoption stellt die Obrigkeit über das Dasein der gesetzlichen Erfordernisse eine Untersuchung an. Bei der Arrogation aber soll zudem auch die Angemessenheit derselben mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der Betheiligten vorher geprüft werden[1].

[a] §. 4. J. h. t. L. 40. §. 1. D. h. t. cf. §. 36. not. f. [b] §. 9. J. h. t. [c] L. 7. §. 1..3. (L. 7.) Cod. de nat. lib. 5. 27. Nov. 74. cap. 3. Nov. 89. cap. 7. [d] L. 37. §. 1. D. h. t. cf. L. 12. eod. L. 23. pr. D. de liberis et post. 28. 2. [e] L. 34. D. h. t. 1. 7. [f] L. 24. 25. §. 1. eod. [g] §. 5. 6. J. h. t. L. 37. pr. D. eod. cf. L. 15. §. 1. eod. [h] L. 43. 44. eod. [i] L. 6. 10. 11. eod. §. 7. J. h. t. [k] arg. §. 4. J. h. t. (not. a.).

Namentlich soll demjenigen, welcher schon Kinder hat oder noch in dem Alter ist, um solche erzeugen zu können (unter 60 Lebensjahren), nur aus besondern Gründen, welche diesen Umstand überwiegen, die Arrogation gestattet werden[a], und ebenso ist diese nicht ohne solche Gründe zu gestatten, wenn etwa der Vormund, auch nach Beendigung der Vormundschaft, den noch minderjährigen Mündel[b], oder ein Aermerer den Reichern[c], oder wenn Jemand mehrere arrogiren will[d]. Nach Umständen soll auch zur Sicherstellung des Arrogirten gegen mögliche Nachtheile der Arrogation Cautionsleistung angeordnet werden[e].

Insbesondere aber soll die Arrogation eines **Unmündigen** nur nach sorgfältiger Prüfung, ob sie für diesen wünschenswerth sei, gestattet werden[f], wobei zugleich der Arrogator verpflichtet wird und Sicherheit dafür leisten muß, daß er das Vermögen des Arrogirten, wenn dieser in der Unmündigkeit sterben sollte, an diejenigen Personen herausgeben werde, welchen es ohne die Arrogation zukommen würde[g]. Auch erlangt der arrogirte Unmündige, falls ihn der Arrogator später enterbt oder ohne genügenden Grund emancipirt, Anspruch auf ein Viertheil des Vermögens desselben[h], die sog. *quarta Divi Pii*[2]. [Vgl. §. 607.]

Anm. [1] Nach altem Recht lag diese Prüfung den Pontifices ob, bevor die Rogation an die Curien gestellt wurde, nach neuerem Recht verlangt sie der Regent zur Begründung des gewährenden Rescripts. Das letzte ist aber auch ohne vorgängige Untersuchung gleichwohl wirksam, wenn es nur nicht durch falsche Angaben erschlichen ist. Bei der Adoption i. e. S. ist von solcher causae cognitio keine Rede, wohl aus dem Grunde, weil diese wesentlich nur als ein Privatact zwischen den beiden Vätern erschien, wobei nur der Form wegen eine Mitwirkung des Magistratus, apud quem est legis actio, erforderlich war. L. 3. 4. D. h. t. cf. L. 7. 8. D. de manum. vind. 40. 2. Doch erstrecken Manche, z. B. Puchta §. 443. [not. v.], die Bestimmung in not. a., wobei es sich nicht bloß um das durch den Vater wahrzunehmende Interesse des Adoptandus handelt, auch auf die Adoption i. e. S. Dagegen Vangerow §. 249. A. 1. a. E. §. 251. Sintenis III. §. 139. A. 24.

[2] Nach altem Recht war die Arrogation sowohl unmündiger als weiblicher Personen schon der Form wegen unmöglich. Gai. I. §. 101. 102. Gell. noct. att. V. 19. Per rescriptum principis war sie möglich, L. 21. D. h. t. L. 8. Cod. h. t., und wurde nun die Arrogation Unmündiger insbesondere durch ein Rescript des Divus Pius Antoninus, aber nur unter den angegebenen nähern Bestimmungen, gestattet. Gai. I. §. 102.

## §. 425.

Die **Wirkung** der Adoption besteht darin, daß der Adoptirte in die väterliche Gewalt[a] und damit zugleich in den Kreis der Agnaten

[a] L. 15. §. 2. L. 17. §. 2. 3. D. h. t. [b] L. 17. pr. L. 32. §. 1. eod. [c] L. 17. §. 4. eod. [d] L. 15. §. 3. eod. [e] L. 17. pr. §. 5. eod. [f] L. 17. §. 1..4. eod. [g] L. 18..22. eod. §. 3. J. h. t. [h] §. 3. J. cit. L. 22. pr. D. h. t. L. 2. pr. (L. 2.) Cod. h. t.

[a] L. 1. pr. L. 15. pr. D. h. t. cf. Inst. de adquisit. per adrogat. 3. 10.

des Adoptirenden eintritt[b], aus der bisherigen Agnationsverbindung also ausscheidet[c], auch den Namen und Stand des Adoptivvaters annimmt[d], ohne aber in seinem bisherigen Standesrecht eine Minderung zu erleiden[e]. Durch die Arrogation werden zugleich auch die in der Gewalt des Arrogirten befindlichen Kinder als Enkel der Gewalt des Arrogators unterworfen[f].

Die Adoption i. e. S. soll jedoch die regelmäßige Wirkung dann nicht haben, wenn der leibliche Vater sein Kind (Sohn oder Tochter, oder auch Enkel, sofern diese durch seinen Tod sui iuris werden) einem Andern, außer einem leiblichen Ascendenten desselben, in Adoption gibt. Dadurch soll das Kindesverhältniß zu dem natürlichen Vater rechtlich durchaus nicht geändert werden; die Adoption soll nur bewirken, daß der Adoptirte gegen den fremden Adoptivvater das gesetzliche Erbrecht eines Kindes erlangt[g]. Sie ist also keine wahre Adoption mehr, kein Entstehungsgrund der väterlichen Gewalt; man nennt sie heutzutage adoptio *minus plena*, und im Gegensatze davon die vollwirksame Adoption und Arrogation adoptio *plena*. [Vgl. auch §. 438. und §. 475.]

Anm. [1] Sintenis III. §. 139. bei A. 35..37. nimmt eine Verwandtschaft des Adoptirten nur an in Beziehung zu dem Adoptirenden selbst „und zu den von demselben abstammenden, noch in seiner Gewalt befindlichen Kindern und fernern Descendenten"; — „zur Frau des Adoptivvaters aber und zu seinen übrigen Verwandten bleiben die Adoptivkinder außer jeder Beziehung". Dies ist nach R. R. unrichtig (wie Sintenis selbst in d. 3. Aufl. S. 106. A. 35. zugibt, obgleich er für das heutige Recht seinen Satz festhält); der Adoptirte wird darnach Agnat (und als solcher zugleich Cognat) aller Agnaten, auch der Seitenverwandten des Adoptirenden (qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius fuit. L. 2. §. 3. D. de suis. 38. 16.), und beerbte daher z. B. als Agnat den Bruder desselben (L. 2. §. 2. 3. D. l. c.) und konnte die Schwester und Tante desselben nicht heirathen (L. 17. §. 2. D. de ritu nupt. 23. 2.); Scipio Aemilianus war Agnat aller Scipionen, wie Gentile aller Cornelier. Vgl. Schirmer Erbr. I. §. 11. A. 26. Windscheid II. §. 524. A. 6., III. §. 571. A. 6. Daher hat auch Thibaut (civ. Abh. S. 303 fg.) nicht, wie Sintenis A. 44. meint, offenbar Unrecht, wenn er behauptet, daß der Adoptirte auch zum Ascendenten des Adoptirenden in Verwandtschaft treten könne, wenn nämlich der letzte mit Erhaltung der Suitätsrechte aus der väterlichen Gewalt getreten war. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 686 (civ. Schr. II. S. 50). Berechtigt aber ist der Zweifel, ob dem heutigen Rechtsbewußtsein eine so weite Ausdehnung der Adoptivverwandtschaft entspreche? Die deutschrechtlichen Familienrechte der Agnaten werden den Adoptirten nicht zugestanden (Seuffert §. 475. A. 7.); man behauptet auch, daß nach dem Geiste des neuern Rechts die Verwandtschaft des Adoptirten mit der Familie des Adoptivvaters jedenfalls nur

[b] L. 23. D. h. t. cf. L. 7. eod. L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 17. D. de ritu nupt. 23. 2. [c] L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. cf. §. 28. A. 2. [d] L. 13. D. h. t. [e] L. 35. eod. [f] L. 2. §. 2. L. 15. pr. L. 40. pr. eod. cf. §. 28. A. 2. [g] L. 10. §. 1 e..g. (§. 1.) Cod. h. t. (Justinian. a. p. Chr. 530.).

bis zum Tode des letzten dauere, Puchta §. 445. a. E. Vorles. §. 454. a. Anf., vgl. Sintenis §. 139. A. 62., und Brinz S. 30. 802 fg. möchte die Adoptivverwandtschaft bloß auf den Adoptivvater (Wahlvater, beziehungsweise die Wahlältern), das Adoptivkind (Wahlkind) und die Nachkommenschaft des letzten beschränken nach dem Vorgange neuerer Gesetzgebungen: österr. bürg. G.B. §. 183. vgl. §. 65., preuß. Ldr. II. 1. §. 18., 2. §. 708. 709. Code Nap. art. 348. 350., welcher letzte nur bezüglich des Ehehindernisses weiter geht. Vgl. Arndts in d. krit. Jahrb. Jahrg. X. S. 227 (civ. Schr. III. S. 316) fg. [Brinz 2. Aufl. §. 49.]

[2] Das Cognationsverhältniß des Adoptirten zu seiner natürlichen Familie bleibt ungeachtet der Adoption bestehen. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. Auch durch die sog. adoptio plena wird das cognatische Kindesverhältniß zum leiblichen Vater nicht, wie Manche nach L. 10. Cod. h. t. behaupten, aufgehoben. Der Satz: adoptio tamdiu nocet, quamdiu quis in familia aliena sit (L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4.) gilt nur in einer besondern (nicht mehr praktischen) Beziehung. Arndts im Rtslex. V. S. 687 (civ. Schr. II. S. 51) fg.

## B. Aufhebung der väterlichen Gewalt[a].

### §. 426.

Die väterliche Gewalt endigt 1) durch den Tod des Vaters wie des Kindes, womit nach römischem Recht auch magna capitis deminutio gleiche Wirkung hat[b]; 2) durch Verwirkung des Vaters, zur Strafe desselben a) wegen Aussetzung des Kindes[c], b) wegen Verkuppelung der Tochter[d], c) wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe[e]*; 3) durch gewisse Würden des Sohnes[f], namentlich die bischöfliche Würde[1]; 4) durch Arrogation des Vaters oder Hingabe des Kindes zur Adoption nach §. 422. 425.; 5) durch absichtliche Entlassung des Kindes aus der väterlichen Gewalt, zu dem Zweck, daß dasselbe sui iuris werde, d. i. durch Emancipation[g], welche entweder durch ein vom Vater erwirktes und bei Gericht niederzulegendes Rescript des Regenten geschieht[h] (sog. emancipatio *Anastasiana*), oder durch Erklärung des Vaters zu gerichtlichem Protokoll in Gegenwart des Kindes[i] (sog. emancipatio *Justinianea*)[2]; 6) nach heutigem Recht auch dadurch, daß das Kind gesondert vom Haushalt des Vaters fortdauernd sich selbst unterhält (sog. *separata oeconomia*) und insbesondere durch Verheirathung der Tochter (sog. emancipatio tacita s. *germanica* s. *saxonica*)[3].

[* Für beseitigt durch die Reichsstrafgesetzgebung halten den Fall c (nicht auch a u. b) Mandry Reichsgeś. S. 181 (2. Aufl. S. 257) fg. Windscheid §. 525. A. 18.]

[a] Inst. quibus modis ius potestatis solvitur. 1. 12. cf. Dig. de adoptionibus et emancipationibus et aliis modis quibus potestas solvitur. 1. 7. Cod. de emancipationibus liberorum. 8. 48 (49).
[b] §. 1..3. J. h. t. cf. §. 5. eod. [c] L. 2. Cod. de infant. expos. 8. 51 (52). cap. un. X. eod. 5. 11.
[d] L. 6. Cod. de spectac. 11. 41 (40). L. 12. Cod. de episcop. aud. 1. 4. [e] Nov. 12. cap. 2.
[f] §. 4. J. h. t. L. ult. Cod. de consul. 12. 3. L. 67 (66). Cod. de decurion. 10. 32 (31). Nov. 81.
[g] §. 6. 7. 9. 10. J. h. t. 1 12. [h] L. 5. Cod. h. t. [i] L. 6. Cod. eod.

Anm.* [1] Die bischöfliche Würde (Nov. 81. cap. 3.) ist die einzige der in dieser Beziehung privilegirten Würden, welche heutzutage noch vorkommt; es mag aber wohl kaum erhört sein, daß heutzutage ein Sohn erst durch die Bischofsweihe von der väterlichen Gewalt befreit werde. Die Anstellung des Sohnes im Staatsdienste hebt für sich allein, abgesehen von dem Fall unter Nr. 6., die väterliche Gewalt nicht auf. Seuffert's Arch. II. 308.

[2] [Ueber das classische Recht s. Kuntze am §. 422. A. 1. citirten O.] — Ob die römische Emancipation überhaupt heutzutage noch praktisch sei, ist nicht unbestritten; sie kommt jedenfalls selten vor. Vgl. Seuffert's Arch. III. 268. [Brinz 2. Aufl. §. 49. S. 169.] Die heutige Praxis gestattet aber eine bloß vorübergehende Emancipation zum Zweck der Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Vater und Kind, sog. emancipatio particularis. Seuffert's Arch. III. 333. XIII. 267. [Brinz S. 170 fg.]

[3] Darüber Kraut Vormundsch. II. S. 644 fg. und nach diesem Heimbach a. a. O. S. 70..82. Zimmermann im civ. Arch. L. 10. [Insbes. über die Verheirathung der Tochter: Appelius im Arch. f. prakt. R.W. Dritte F. I. Bd. (XII.), S. 76 fg.] Vgl. auch Windscheid §. 525. A. 20. Seuffert's Arch. II. 308. III. 269. 270. V. 30. 37. XI. 51. 52. XII. 42. 168. XVI. 59. 96. XVII. 257. [Mit Recht nennt sie Brinz S. 169. fast „in allen Stücken ein Widerspiel" der röm. Em. — „statt Ausnahme Regel, statt Kunst Natur (ursprünglich Mündigkeit, dann Gründung eigenen Hausstandes), zwar Endigung der väterlichen Gewalt, aber (in Söhnen) Fortsetzung, nicht Abstreifung des väterlichen Hauses, Geschlechtes".] Eine andere Art von tacita emancipatio hat man schon im R. R. finden wollen, wenn nämlich der Vater das Kind längere Zeit als gewaltfreies hat gelten lassen. L. 1. Cod. de pat. pot. 8. 46 (47). L. 25. pr. D. h. t. 1. 7. Seuffert §. 480. A. 5. Dagegen Sintenis §. 140. A. 9. §. 148. A. 10. 23. vgl. §. 428. not. 1. — Wenn nach L. 1. §. 4. D. de lib. exhib. 43. 30. auch noch res iudicata als Aufhebungsgrund der väterlichen Gewalt angeführt wird (Mühlenbruch III. §. 559. A. 8.), so ist dies strenge genommen unrichtig; vgl. §. 116. 271.

## §. 427.

Durch die Aufhebung der väterlichen Gewalt wird das Kind, ausgenommen in den Fällen des §. 426. Nr. 4., *sui iuris*. Wenn jedoch die Gewalt des Großvaters über seine Kinder durch einen seine Person betreffenden Umstand (§. 426. Nr. 1. 2. c.) endigt, so fallen die Enkel in die Gewalt ihres Vaters, sofern dieser noch, wie sie selbst, bis dahin in der Agnationsverbindung mit jenem geblieben ist[a], und so kann auch der Arrogirte die nach §. 426. 4. verlorene Gewalt über seine Kinder wieder erlangen[b]. Auch in dem Falle des §. 426. 6. werden dem Sohne gewöhnlich seine etwa vorher schon gezeugten Kinder als Glieder des neuen Hauswesens in die Gewalt folgen.

Das natürliche Verwandtschaftsverhältniß zwischen Vater und Kind mit seinen von der väterlichen Gewalt unabhängigen rechtlichen

[a] pr. J. h. t. 1. 12. L. 5. D. de his qui sui. 1. 6. L. 10. D. h. t. 1. 7. cf. Nov. 81. cap. 2. (not. d.). [b] L. 40. pr. D. h. t. 1. 7.

Wirkungen wird durch die Endigung der väterlichen Gewalt nicht aufgehoben[c]. Beim Tode des Vaters und in den Fällen des §. 426. unter 2. 3. 6. bleiben auch dem Kinde, soweit davon noch die Rede sein kann, die aus der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie sich ergebenden Rechte[d], und bei der sog. emancipatio Anastasiana können diese durch besondere Bestimmung vorbehalten werden[e]. Regelmäßig dagegen hat die (römisch-rechtliche) Emancipation, wie die vollwirksame datio in adoptionem, die Auflösung der Agnationsverbindung mit dem Vater und dessen Familie[f], und daher denn auch, sofern, wie bei Adoptirten der Fall ist, nur mittels dieser eine Cognation bestand, die Aufhebung jeder verwandtschaftlichen Beziehung[g] mit jenen zur Folge[1].

Die Emancipation aber soll auch, wie die datio in adoptionem, nicht gegen Widerspruch des willensfähigen Kindes[2] stattfinden[h]. Andererseits kann auch der Vater nicht wider Willen zur Emancipation angehalten werden[i], ausgenommen[3] wegen schlechter Behandlung des Kindes[k], oder wenn er ein Vermächtniß mit dieser Auflage angenommen hat[l], oder wenn ein adoptirter Unmündiger nach erreichter Mündigkeit die Adoption als zu seinem Nachtheil geschehen ansicht[m]. Dagegen kann ein emancipirtes Kind wegen grober Injurien gegen den Vater wieder in dessen Gewalt zurückgezogen werden[n].

Anm. [1] Vgl. §. 28. A. 2. 4. Jedoch wirkt bezüglich der Ehehindernisse die Adoptivverwandtschaft auch nach der Emancipation theilweise noch fort. §. 1. 2. J. de nupt. 1. 10. L. 14. pr. §. 1. L. 55. D. de ritu nupt. 23. 2. — Der sog. emancipatio germanica dieselbe Wirkung beizulegen, wie der römischen Emancipation, wäre der Natur der Verhältnisse ganz zuwider. Seuffert's Arch. XII. 42. vgl. IX. 303. Doch ist streitig, ob darnach auch das Recht eines suus heres bestehen bleibe? Seuffert §. 482. A. 3.

[2] „Man nimmt gewöhnlich an, daß Adoptirte auch wider ihren Willen emancipirt werden könnten (und dies ist gerade der Fall, wo die Emancipation heutzutage noch am ersten vorkommen wird). Jedenfalls könnte eine solche Emancipation wider Willen des Kindes nur durch Rescript geschehen, weil bei der andern Form die Gegenwart des Kindes ein wesentliches Erforderniß ist." Puchta §. 445. bei not. h. vgl. Buchholtz jur. Abh. Nr. 17. Sintenis §. 139. A. 63. Dagegen wieder für die herrschende Lehre Vangerow §. 257. [A. Nr. 2.]. Seuffert §. 481. A. 6. [Brinz 2. Aufl. §. 48. N. 10.] arg. §. 3. J. de adopt. 1. 11. L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1. L. 10.

[c] L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. cf. L. 5. §. 1. D. de agnosc. lib. 25. 3. [d] Nov. 81. cap. 2. cf. Nov. 12. cap. 2. L. 25. D. de legib. 1. 3. [e] L. 11. Cod. de legit. hered. 6. 58. [f] §. 3. J. de legit. tut. 1. 15. §. 3. J. de cap. min. 1. 16. L. 3. §. 1. D. de cap. min. 4. 5. L. 4. §. 10. D. de grad. 38. 10. §. 9. J. de hered. ab int. 3. 1. [g] L. 13. 14. cf. L. 27. D. h. t. 1. 7. §. 11. 12. J. de hered. ab int. 3. 1. [h] L. 5. Cod. h. t. 8. 48 (49). Nov. 89. cap. 11. pr. cf. Pauli sentt. II. 25. §. 5. [i] §. 10. J. h. t. 1. 12. L. 31. D. h. t. 1. 7. [k] L. ult. D. si a par. quis man. 37. 12. [l] L. 92. D. de cond. et dem. 35. 1. [m] L. 32. pr. L. 33. D. h. t. 1. 7. [n] L. un. Cod. de ingratis liberis. 8. 49 (50).

pr. Cod. de adopt. 8. 47 (48). Diese Stellen geben aber nur eine sehr schwache Stütze dafür, die Stellen in not. h. dagegen machen für Adoptirte keine Ausnahme. Windscheid §. 525. A. 12. — [Die im griechischen Rechte vorkommende] bloße Verstoßung des Kindes [ἀποκήρυξις] abdicatio [s. Hermann Lehrb. d. griech. Privatalterthümer, 2. Aufl. 1870. §. 11. A. 13.] ist rechtlich unwirksam. L. 6. Cod. de patr. pot. 8. 46 (47). [Vgl. Leist gräco-ital. R.G. S. 79 fg.]

[3] Außer den Fällen in not. k .. m. nehmen Viele noch eine vierte Ausnahme an, nach L. 16. §. 2. 3. D. de curat. fur. 27. 10. Vangerow §. 257. [A. Nr. 1. e.]. Dagegen Puchta §. 445. not. m. „Die Stelle enthält offenbar nichts von einem solchen Zwang, den man nur una aliqua eius particula proposita hat darin finden können". — Die deutschrechtliche Emancipation (§. 426. Nr. 6.) volljähriger Kinder kann der Vater nicht hindern. Seuffert §. 481. A. 2. Heimbach S. 77. Seuffert's Arch. XVI. 58. vgl. XII. 168.

## C. Rechtliche Bedeutung der väterlichen Gewalt.

### §. 428.

#### 1) Im Allgemeinen [1].

Die väterliche Gewalt, die im alten Recht als eine fast unbeschränkte Macht über das Kind, das ius vitae ac necis enthaltend, erscheint, ist nach neuerem römischen Recht, so viel zunächst die persönlichen Beziehungen angeht, von dem allgemeinen Aelternrecht (§. 437.) nur durch bestimmte besondere Befugnisse ausgezeichnet. Kraft derselben hat der Vater vorzugsweise, jedoch nicht unbedingt und unter allen Umständen [a], das Recht der Erziehung und eine disciplinarische Gewalt über das Kind [b], unter gewisser Voraussetzung (propter nimiam paupertatem) sogar noch das Recht, das (neugeborene) Kind zu verkaufen [c], sodann das Recht der Zustimmung zur Ehe [d] desselben [2], das Recht der Bestellung von Vormündern [e] und der Ernennung von Erben für das unmündige Kind [f]. Von diesen Rechten ist aber heutzutage jenes Verkaufsrecht ganz weggefallen, und das Recht der Zustimmung zur Ehe wird jetzt auch der Mutter, und dem Vater auch nach Aufhebung der väterlichen Gewalt beigelegt.

Bedeutender ist der Einfluß der väterlichen Gewalt auf das Vermögen, und darin offenbart sich jetzt noch vorzüglich der besondere juristische Charakter dieses Familienverhältnisses.

Uebrigens kann der Vater sein Recht der Gewalt gegen jeden Dritten, der ihn in Ausübung derselben beeinträchtigt, durch Vindi-

[a] L. 3. §. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. (§. 437. not. h.). [b] L. 3. 4. cf. L. 10. Cod. de patr. pot. 8. 46 (47). L. un. Cod. de emend. propinquorum. 9. 15. [c] L. 2. Cod. de patr. qui fil. distrax. 4. 43. [d] L. 2. D. de ritu nupt. 23. 2. [e] L. 1. D. de test. tut. 26. 2. [f] L. 2. pr. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

cation[g], oder durch das interdictum de liberis exhibendis[h] oder das interdictum de liberis ducendis[i] geltend machen, gegen das Kind selbst aber, welches sui iuris zu sein behauptet, durch eine Präjudicialklage, die man actio de patria potestate nennt, während umgekehrt demjenigen, der seinen Stand als Paterfamilias klagend behaupten will, eine sog. actio de patria potestate negativa oder de statu patrisfamilias beigelegt wird. Der Vater hat als Kläger nur die Entstehung der väterlichen Gewalt, wenn sie bestritten wird, z. B. eheliche Geburt des Kindes, der Gegner sodann die Endigung der Gewalt zu beweisen[k], wozu auch der Umstand dienen kann, daß der Vater das Kind längere Zeit als selbständiges hat leben lassen[l].

Anm. 1 Vgl. zu diesem §. insbesondere Brinz Pand. 1. Aufl. §. 247..249. S. 1156..1172., dazu Mandry in d. kr. Vjschr. XII. S. 497 fg. [Leist gräco-ital. Rechtsgesch. S. 57 fg.]

[2 Dies Recht steht jetzt dem Vater — ohne Rücksicht auf potestas — dann zu, wenn ein Sohn vor vollendetem 25., od. eine Tochter vor vollendetem 24. J. heirathet. R.G. v. 6. Febr. 1875. §. 29 fg., s. übrigens §. 487. A. 8.]

## 2) Insbesondere in Ansehung des Vermögens[1].

### a) Römisches Recht.

### §. 429.

Nach altem Recht war das Kind in väterlicher Gewalt schlechthin unfähig, eigenes Vermögen zu haben; was es erwarb, wurde von selbst und nothwendig dem Vater erworben; es stand in vermögensrechtlicher Hinsicht dem Sklaven gleich, nur mit dem Unterschied, daß es klagbare Verbindlichkeiten contrahiren konnte, was bei jenem nicht der Fall war. Es war zwar sehr gewöhnlich, daß der Vater dem Sohne, wie auch der Herr dem Sklaven, ein gewisses Vermögen als gesondertes, gleichsam eigenes Gut, ein Peculium, einräumte; allein dieses war und blieb, obwohl faktisch gesondert, rechtlich doch nur ein Bestandtheil des väterlichen Vermögens, wie das dem Sklaven eingeräumte Peculium Bestandtheil des Vermögens seines Herrn.

Eine Ausnahme von der Regel des alten Rechts wurde zuerst, durch kaiserliche Constitutionen, für dasjenige gemacht, was der Haussohn aus Anlaß des Kriegsdienstes erwarb, das *castrense* peculium, welchem dann noch gewisse andere Erwerbungen als sog. peculium quasi castrense

g L. 1. §. 2. D. de rei vind. 6. 1. h Dig. de liberis exhibendis, item ducendis 43. 30. Cod. 8. 8. i L. 3. D. l. c. k L. 8. D. de probat. 22. 3. l L. 1. Cod. de patr. pot. 8. 46 (47). cf. §. 426. A. 3.

gleichgestellt wurden. In Beziehung darauf wird der Sohn als Paterfamilias angesehen. Nur wenn er ohne gültige Verfügung darüber vor dem Vater starb, fiel es als Peculium diesem anheim; nach dem neuesten Erbrecht tritt aber auch dieser Anfall (iure peculii) nicht mehr ein.

Eine andere Beschränkung erlitt die Regel des alten Rechts zuerst durch Constantin in Ansehung des Muttergutes (bona materna), sodann durch spätere Kaiser in Ansehung einiger anderer Erwerbungen der Kinder (bona materni generis und lucra nuptialia), darauf berechnet, den Kindern diese Güter zu erhalten, bis endlich Justinian diese Rechtsentwickelung damit abschloß, daß an allem demjenigen, was sie anders als vom Vater selbst her (ex re oder substantia patris) erwarben, den Kindern das Eigenthum vorbehalten, dem Vater nur die Nutznießung und Verwaltung belassen wurde.

So ist nun die Regel des neuesten römischen Rechts diese: Was die Kinder aus väterlichem Vermögen erhalten, ist und bleibt Vermögen des Vaters; was sie anderweitig her erwerben, wird ihnen selbst zu eigen, dem Vater zur Nutznießung und Verwaltung erworben, und wird auch als Vermögen der Kinder nach ihrem Tode vererbt. Man nennt das letzte heutzutage peculium adventitium, besser *bona adventitia*, und im Gegensatze davon das erste, das nur allein noch ein Peculium im alten Sinn abgeben kann, peculium profectitium. Jene Regel leidet aber in zweifacher Richtung eine Ausnahme: vorerst bezüglich der bona adventitia darin, daß in manchen Fällen das väterliche Recht der Nutznießung und Verwaltung wegfällt; man nennt sie dann bona adventitia *irregularia* (pec. adv. irregulare oder auch extraordinarium, im Gegensatze des regelmäßigen Verhältnisses, pec. adv. *regulare* oder ordinarium); sodann bezüglich gewisser Erwerbungen, sowohl vom Vater her als von anderer Seite, darin, daß der Sohn in Ansehung derselben vollends als Paterfamilias angesehen wird; diese sind das peculium castrense oder quasi castrense, bona castrensia vel quasi[1].

Die Möglichkeit des Erwerbes durch Rechtsgeschäfte der in der Gewalt befindlichen Kinder ist übrigens durch diese Aenderungen des alten Rechts nicht beschränkt worden (§. 76. 246.). Eine besondere Frage aber ist noch, inwiefern und mit welcher Wirkung darnach zwischen dem Vater und dem Kinde selbst Rechtsgeschäfte stattfinden können.

Anm. [1] Darüber eine ausführliche Monographie „das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluß des ehelichen Güterrechts“, von G. Mandry erster Bd. (1871) enthaltend I. Buch: 1) die Vermögensunfähigkeit des Hauskindes, 2) die Verpflichtungsfähigkeit des Hauskindes (vrbr. Göppert in d. Ztschr. f. d. Gstzgb. VI. S. 418 fg.

Czyhlarz in d. kr. Vjschr. XV. S. 50 fg.); zweiter Bd. (1876) enthaltend: II. Buch, das profectizische Peculium, S. 1..206.; III. Buch, die Haftung des Hausvaters für das Hauskind, S. 207..622. [drbr. Czyhlarz in d. krit. Vjschr. XX. S. 503 fg. und in d. Wiener Ztschr. V. S. 628 fg.] (vgl. oben §. 247.). Uebrigens vgl. Brinz §. 250..256. S. 1172..1207.

[2] Die Bezeichnungen adventitium und profectitium hat man nicht unpassend angenommen nach Analogie des Gegensatzes von dos adventitia und profectitia, unterstützt durch L. 28. D. de reb. auct. ind. poss. 42. 5. „quia id ex adventitio acquisitum est, non per patrem ad eum pervenit". Sehr angefochten ist aber der Gebrauch des Wortes *peculium* in diesen verschiedenen Anwendungen. Vgl. Hugo im civ. Mag. V. 19. VI. 4. Puchta §. 433. [not. e.] gegen Unterholzner in der Tübing. krit. Ztschr. V. S. 204 fg. Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 59 fg. Indessen ist dieser Gebrauch schon von der Zeit der Glossatoren her so beständig und allgemein geworden, daß man die ganze Lehre des R. Rechts von den Vermögensverhältnissen der Hauskinder als „das römische Peculienrecht" zu bezeichnen pflegt. Vgl. darüber überhaupt Heimbach, „Peculien" im Rtslex. VII. S. 857..887. Dietzel in Bekker's Jahrb. II. 1. III. 8., dagegen aber Keller das. III. 6.

## §. 430.

### *a*) Das sog. peculium profectitium.

Regel ist: was das in der väterlichen Gewalt befindliche Kind vom Vater selbst erhält oder aus des Vaters Gute erwirbt, gehört zum Vermögen des Vaters[a]. Daher ist auch die Schenkung des Vaters an das Kind als solche nicht gültig[b]; es gilt nur das Besondere davon, daß sie, nicht widerrufen, durch den Tod des Vaters gültig wird[c 1]. Aber der Vater kann dem Kinde von dem Seinigen irgendwelche Vermögensgegenstände bestimmen oder überlassen, die als ein demselben gleichsam eigenes Gut gelten sollen, gesondert von dem übrigen Vermögen des Vaters. Dieses ist dann ein Peculium im eigentlichen Sinn; nur darauf sind im neuesten Rechte, abgesehen vom Sklavenverhältniß, diejenigen Rechtsvorschriften zu beziehen, welche vom Peculium schlechtweg reden, und dieses ist es, welches den Gläubigern des Kindes mittels der *actio de peculio* ein Befriedigungsmittel darbietet[d]. Zu seinem Dasein ist Bewilligung des Vaters, wenn auch nur stillschweigende[e], erforderlich (peculii *concessio*), und wirkliche Sonderung von dem übrigen Vermögen desselben[f]. So kann es auch durch Schenkungen des Vaters gebildet und vermehrt werden[g], obwohl nicht jede Ueberlassung

[a] §. 1. J. per quas pers. nob. acquir. 2. 9. L. 6. pr. L. 8. pr. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [b] L. 1. §. 1. D. pro donato. 41. 6. L. 11. Cod. de donat. 8. 53 (54). [c] L. 25. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. L. 18. pr. Cod. fam. erc. 3. 36. cf. L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. [d] Dig. de peculio. 15. 1. cf. §. 247. not. h..r. [e] L. 4. pr. §. 2. L. 7. §. 1..3. cf. L. 39. 49. pr. D. h. t. 15. 1. [f] L. 8. D. eod. cf. L. 4. pr. L. 5. §. 4. eod. [g] L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 15. pr. D. de castr. pec. 49. 17.

von Vatergut an das Kind als Schenkung anzusehen ist. Auch gehört zum Peculium, was das Kind aus dem vorhandenen Peculiarvermögen (ex re peculiari oder peculii nomine) weiter erwirbt[h], und auch Gaben eines Dritten können hinzukommen, wenn sie in dieser Absicht gegeben werden[2]. Das Kind hat die Verwaltung, soweit sie ihm eingeräumt[i] und es dazu fähig ist[k]; zu Schenkungen aus dem Peculium bedarf es besonderer Ermächtigung[l]. Das Peculium ist aber rechtlich immer noch Vermögen des Vaters; dieser kann es jederzeit zurücknehmen[m]. Nach seinem Tode ist es Bestandtheil seiner Erbschaft[n]. Jedoch bleibt es dem Kinde als Eigenthum, wenn der Vater es bei dessen Emancipation nicht zurücknimmt[o] [3]. Auch soll (ex constitutione Claudii) das Peculium dem Kinde vorbehalten bleiben, wenn der Fiscus das Vermögen des Vaters wegen Schulden in Beschlag nimmt[p].

Anm. [1] [Mandry Famil.-Güterrecht I. S. 274 fg.; vgl. oben §. 414. und den dort cit. Aufs. v. Hofmann.]

[2] Ueber den Begriff des Peculium vgl. L. 5. §. 4. D. h. t. Peculium autem Tubero quidem sic definit, ... *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur.* L. 4. pr. eod. Peculii est non id, cuius servus seorsum a domino rationem habuerit, sed quod dominus ipse separaverit summa servi rationem (*suum a servi ratione?* Mommsen: *suam a servi rationem*) discernens. L. 39. eod. Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut *proprium patrimonium* (L. 47. §. 6. eod. *quasi patrimonium liberi hominis*) servum suum habere quis voluerit. §. 10. J. de act. 4. 6. „veluti patrimonium filiorum filiarumque, item servorum." Marezoll in Linde's Ztschr. n. F. V. 4. Dietzel a. a. O. II. S. 5 fg. Mandry über Begriff und Wesen des Peculium 1869. [Mandry Gem. Fam.-Güterrecht. II. S. 1 fg.]

[[3] Vgl. Mandry Fam.-Güterrecht II. S. 197 fg., anders Kuntze Cursus (2. Aufl.) §. 758. a. E.]

## §. 431.

### β) Castrense vel quasi castrense peculium[a].

Zum *castrense* peculium gehört alles, was der Sohn (oder Sohnesenkel) vermöge seiner Eigenschaft als (angehender oder bereits

[h] L. 1. §. 5. L. 4. D. de poss. 41. 2. cf. L. 40. D. h. t. 15. 1. [i] L. 7. §. 1. L. 46. 48. eod. L. 34. pr. D. de novat. 46. 2. L. 10. Cod. quod cum eo. 4. 26. [k] L. 7. §. 3. D. h. t. [l] L. 7. D. de donat. 39. 5. cf. L. 28. §. 2. D. de pact. 2. 14. L. 52. §. 26. D. de furt. 47. 2. [m] L. 8. in f. D. h. t. 15. 1. cf. L. 7. §. 1. eod. [n] L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. [o] [Vat. fragm. §. 260.] L. 31. §. 2. D. de donat. 39. 5. L. 17. Cod. de donat. 8. 53 (54). cf. not. c. — L. 53. D. h. t. 15. 1. — Nov. 81. cap. 1. §. 1. [p] L. 3. §. 4. in f. D. de minor. 4. 4. cf. L. 1. §. 4. D. quando de peculio. 15. 2.

[a] Dig. de castrensi peculio. 49. 17. Cod. de castrensi peculio militum et praefectorianorum. 12. 36 (37).

eingereihter) Soldat erwirbt[b], namentlich was ihm vom Vater selbst oder andern zu seiner Ausstattung für diesen Stand gegeben wird[c], was er durch den Kriegsstand oder aus Anlaß desselben, z. B. als Sold oder Beute oder durch Schenkung und letztwillige Verfügung seiner Kameraden, gewinnt[d], nach besonderer Bestimmung auch was er von seiner Gattin vermöge Testaments erbt[e], sodann dasjenige, was aus oder mit solchen Gütern weiterhin gewonnen oder dafür angeschafft wird[f]. In Ansehung solchen Vermögens gilt der Haussohn, auch nachdem er aus dem Soldatenstande entlassen ist[g], sowohl dem Vater als dritten Personen gegenüber, vollkommen als Paterfamilias[h]; er kann auch auf den Todesfall darüber verfügen[i] und vererbt es in Ermangelung dessen, nach neuestem Rechte[k], an die gesetzlichen Erben.

Dem castrense peculium ist aber gleichgestellt[1] und heißt daher *quasi castrense* peculium[l]: 1) was der Sohn als Gerichtsbeisitzer[m] oder sonst durch ein öffentliches Amt[n] oder einen Hofdienst[o], desgleichen 2) was er durch seine Thätigkeit als Anwalt[p] erwirbt[2], 3) was er als Geistlicher auf irgend eine Art[3] erwirbt[q], und 4) was das Kind durch die Freigebigkeit des Regenten oder der Gattin desselben erhält[r].

Anm. [1] Im Gegensatz des castrense und quasi castrense wird das gewöhnliche Peculium (§. 430.) in den Quellen paganum genannt. L. 37. §. 1. (pr.) Cod. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 7. §. 6. D. de donat. 39. 5. Die neuere Terminologie nennt die beiden ersten wohl auch militaria peculia. Eine strengere Ansicht dagegen vermeidet dafür, wie für die bona adventitia, selbst die Bezeichnung peculium ganz und gar, nachdem sie nun in keinem Falle mehr (not. k.) als Peculium im alten Sinne behandelt werden. Puchta §. 433. [not. d.] vgl. oben §. 429. A. 2. Indessen würden wohl die classischen Juristen eben so gut wie die byzantinischen die einmal übliche Benennung ungeachtet jener Rechtsveränderung beibehalten haben. Eine erschöpfende Bearbeitung dieser Lehre: Fitting das castrense Peculium in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. 1871. (vrbr. Windscheid kr. Vjschr. XIII. S. 253 fg. [und Bruns in d. Ztschft. f. Rechtsgesch. X. S. 179 fg.])

[2] Streitig ist, inwiefern der Umfang des Erwerbs unter 1. und 2. sich nach

[b] L. 1. Cod. h. t. L. 11. D. h. t. 49. 17. cf. L. 8. 16. pr. eod. [c] L. 3. 4. pr. L. 6. D. eod. L. 4. Cod. fam. erc. 3. 36. [d] L. 5. 19. pr. cf. L. 16. §. 1. eod. L. 4. Cod. h. t. 12. 36 (37). [e] L. 13. D. eod. cf. L. 16. pr. eod. [f] L. 1. in f. Cod. h. t. 12. 36 (37). L. 19. §. 1. D. h. t. 49. 17. [g] pr. J. quib. non est permiss. test. fac. 2. 12. cf. L. 15. pr. §. 1. 2. L. 19. §. 2. D. h. t. [h] L. 2. D. ad Sc. Maced. 14. 6. L. 4. §. 1. L. 5. 15. §. 1..4. D. h. t. 49. 17. L. 2. 3. Cod. h. t. 12. 36 (37). cf. L. 18. §. 4. 5. D. eod. L. 4. §. 2. eod. [i] pr. J. l. c. L. 2. 14. 17. §. 1. L. 19. §. 2..5. L. 20. D. h. t. [k] Nov. 118. cap. 2. in f. cf. L. 1. 2. 17. D. h. t. 49. 17. L. 10. pr. D. ad Sc. Tert. 38. 17. L. 5. Cod. h. t. 12. 36 (37). [l] L. 37. §. 1. (pr.) Cod. de inoff. test. 3. 28. cf. L. 32. §. 17. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. L. 1. §. 6. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 3. §. 5. D. de bon. poss. 37. 1. L. 1. §. 15. D. de collat. 37. 6. L. 7. §. 6. D. de donat. 39. 5. [m] L. 7. Cod. de assessor. 1. 51. [n] L. 37. pr. Cod. de inoff. test. 3. 28. L. 6. Cod. h. t. 12. 36 (37). [o] L. un. Cod. de castrensi omnium palatinorum peculio. 12. 30 (31). [p] L. 4. Cod. de advocatis divers. iud. 2. 7. [q] L. 33 (34). Cod. de episcop. et cleric... et privileg. eor. et castrensi peculio. 1. 3. Nov. 123. cap. 19. cf. Nov. 81. cap. 3. [r] L. 7. §. 1. (L. 7.) Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

Analogie des castrense peculium (not. b. c. d.) bestimme? Löhr im civ. Arch. X. S. 177 fg.; dagegen Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 130 fg.; gegen diesen Fitting a. a. O. S. 447 fg.

3 Streitig, ob auch das ex re patris Erworbene dazu gehöre? Löhr a. a. O. S. 164.; dagegen Marezoll a. a. O. S. 125 fg. vgl. Fitting S. 458 fg. 573 fg. 616 fg. — Ueber peculium clericale im Sinn des kanon. Rechts (X. de peculio clericorum. 3. 25.) vgl. Walter Kirchenrecht §. 262. 263. Heimbach im Rtslex. VII. S. 885 fg.

4 Den Erwerb nach Nr. 4. stellt Fitting a. a. O. unter §. 434., obwohl anerkennend, daß er nach L. 7. §. 1. (L. 7.) Cod. cit. (6. 61.) zum peculium quasi castrense zu rechnen sei (S. 445 fg.), auf Grund nämlich einer bis zur neuesten Zeit constant herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin (S. 568 fg. [611 fg.] 646.). Dagegen gibt derselbe aus demselben Grunde, als gewohnheitsrechtlich festgestellt, den Fällen unter Nr. 1. 2. eine viel weitere Ausdehnung auf allen Erwerb, welchen der Haussohn durch seine öffentliche Stellung oder durch wissenschaftliche oder künstlerische Thätigkeit mache (§. 88. 89. S. 639 fg. vgl. mit §. 82..87.).

### γ) Bona adventitia regularia[a].

### §. 432.

Alles, was den Kindern nicht vom Vater oder aus dessen Vermögen zukommt [1], wird ihnen zu eigen erworben[b]. Aber der Vater hat daran, wenn es nicht zu den bona castrensia vel quasi castrensia gehört, kraft der väterlichen Gewalt regelmäßig die Nutznießung (§. 178. 181. 190.)[c] verbunden mit dem Recht freier Verwaltung [2], wegen deren er nicht zur Sicherheitsleistung, auch nicht zur Rechnungslegung angehalten werden kann[d], wobei er jedoch allerdings in Erhaltung der Substanz des Gutes die Sorgfalt eines Nutznießers zu bewähren verpflichtet ist[e], und darum wegen erweislich durch sein Verschulden verursachter Minderung des Gutes nach Endigung seines Rechtes in Anspruch genommen werden kann [3]. Veräußerungen aber sind ihm gesetzlich untersagt, ausgenommen im Fall der Nothwendigkeit und in Ansehung solcher Sachen, welche nicht ohne Gefahr eines Verlustes behalten werden können[f]. Die gesetzwidrige Veräußerung ist nichtig; die Kinder können die veräußerten Sachen nach Endigung des väterlichen Rechts vindiciren; es läuft erst von dieser Zeit an eine dreißigjährige Verjährung gegen dieselben[g]. — Bis dahin können die Kinder keinerlei Befugnisse in Betreff der b. adv. reg. ausüben, auch nicht auf den Todesfall darüber ver-

[a] Cod. de bonis maternis et materni generis 6. 60. de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione. 6. 61. [b] L. 6. pr. §. 1. Cod. h. t. 6. 61. §. 1. J. per quas pers. 2. 9. [c] L. 1. 2. 4. Cod. h. t. 6. 60. L. 4. pr. §. 3. (L. 4.) L. 6. §. 1. (pr.) L. 8. pr. Cod. h. t. 6. 61. [d] L. 6. §. 2. L. 8. §. 4 d. (4.) Cod. l. c. [e] L. 1. §. 1. (L. 1.) Cod. h. t. 6. 60. [f] L. 1. Cod. cit. L. 8. §. 4. 5. Cod. 6. 61. [g] Nov. 22. cap. 24. cf. L. 4. in f. Cod. 6. 61. L. 1. in f. Cod. 6. 60. L. 1. §. 2. Cod. de annali exc. 7. 40.

fügen[h 3a]; sie haben kein Recht, in die väterliche Verwaltung ihrer Güter einzugreifen; nur soll der Vater zu Rechtsstreiten in Betreff derselben[4] die Zustimmung des mündigen und anwesenden Kindes einholen[i].

Ist dem Kinde ein neuer Vermögenserwerb angetragen, z. B. eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, so entsteht jenes Rechtsverhältniß nur durch die Annahme von Seiten des Vaters und des Kindes. Lehnt der erste den Erwerb ab, so kann dieser dennoch für das Kind gemacht werden, mit Ausschließung des väterlichen Rechts. Wird er von dem letzten abgelehnt, so kann nun der Vater den Erwerb vollständig und allein für sich machen[5], mit derselben Wirkung, als wenn nach altem Rechte das Kind auf Geheiß des Vaters erworben hatte[k].

Läßt sich eine bisher selbständige Person arrogiren, so wird von selbst an dem ganzen gegenwärtigen Vermögen derselben dem Arrogator das väterliche Recht erworben[l].

Anm. 1 L. 6. §. 1. (pr.) Cod. 6. 61. Si quis itaque filiusfamilias, vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus, aliquid sibi acquisierit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, ea (*eas*) suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad solum usumfructum acquirat. Cf. L. 8. pr. eod. . . . post novellam nostri numinis legem, quae omnia, quae extrinsecus ad filiosfamilias perveniunt, et non ex paterna substantia (sunt) non esse acquirenda patribus statuit, nisi tantummodo ad usumfructum. Vgl. überhaupt Marezoll Revision der Lehre von den sog. Adventitien, in Linde's Ztschr. VIII. 2. 6. 9. Einzelne streitige Punkte sind: a) ob, was ein Dritter dem Kinde um des Vaters willen gegeben, zu den bona adventitia gehöre? Es kommt darauf an, ob der Dritte durch das Kind dem Vater, oder, wenn auch aus Rücksicht auf diesen, dem Kinde geben wollte; b) wohin Pathengeschenke (pecunia lustrica) zu rechnen seien. Es ist eine unjuristische Anwendung der Gelehrsamkeit, deshalb, weil sich etwa geschichtlich nachweisen läßt, daß sie ursprünglich dazu bestimmt waren, die Kosten der Taufhandlung decken zu helfen (mit Marezoll S. 276 fg. Vangerow §. 236. A. 1. a. E.), heutzutage die Vermuthung aufzustellen, daß sie den Aeltern bestimmt seien; c) wiefern der Sohn *laboribus suis* (ungeachtet der L. 6. pr. cit.) nicht sich, sondern dem Vater erwerbe? Insofern, als er nur in Angelegenheiten des Vaters, oder nach dessen Befehl oder Auftrag Dienste leistet. Vangerow §. 236. A. 1. Nr. 2.; d) ob auch dasjenige, was vermöge gesetzlicher Vorschrift dem Eigenthum nach aus des Vaters Vermögen an die Kinder fällt, zu den Adventitien gehöre (§. 416 bis 418.)? Insofern hier der Vater den Nießbrauch nicht kraft der väterlichen Gewalt, sondern ohnehin aus anderem Grunde hat, wie es auch sonst noch der Fall sein könnte, ist diese Frage eine müßige; denn Adventitium wäre hier nur die Proprietät, und darauf hat der Vater als solcher kein Recht.

2 Die Quellen legen ausdrücklich an den dem Kinde erworbenen (körperlichen)

h L. 8. §. 5 a. (5.) Cod. h. t. 6. 61. i L. 8. §. 3. eod. k L. 8. §. 1. (pr.) §. 2. Cod. eod. l Inst. de acquisitione per arrogationem. 3. 10. cf. Gai. III. 82..84.

Sachen diesem das Eigenthum bei, dem Vater den Usus fructus („minime patribus acquiruntur", „filiusfamilias . . . eas suis parentibus non in plenum . . . sed usque ad solum usumfructum acquirat, et eorum ususfructus quidem apud patrem . . . permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat" L. 6. §. 1. (pr.) Cod. h. t. 6. 61.), geben aber diesem „plenissimam potestatem uti fruique his rebus" . . . „gubernareque res", die „gubernatio", „*administratio*", „observatio", nur „alienatione vel hypotheca denegata" (L. 6. §. 2. 4. l. c.). Dadurch unterscheidet sich das väterliche Recht an dem Adventizgute des Kindes bedeutend von dem gewöhnlichen Nießbrauch. Windscheid §. 517. Brinz §. 254. Aber das Wesentliche darin ist eben doch das Genußrecht, und dieses ist ein wahrer Ususfructus bezüglich der dem Kinde gehörenden körperlichen Sachen, an welchen diesem daher die nuda proprietas zusteht, natürlich aber nur Quasiususfructus bezüglich andern Vermögens. Es steht denn auch nichts im Wege, daß der Vater die Ausübung seines Rechtes an einzelnen oder allen Sachen einem Andern überlasse; aber die freie Verwaltungsbefugniß ist ein väterliches Recht, das er nicht einem Andern abtreten kann. Vgl. übrigens Seuffert's Arch. XX. 222. [Prakt. Archiv N. F. XIII. S. 285 fg.]

3 Manche beschränken mit Marezoll S. 388 fg. die Pflicht zur Diligentia nach L. 1. Cod. 6. 60. nur auf bona materna und materni generis und lucra nuptialia (vgl. §. 373. A. 2 f.), und sprechen bei andern Adventitien den Vater selbst nach Endigung seines Rechts von aller Rechenschaft frei. Aber L. 8. §. 4. d. (4.) Cod. 6. 61. sagt: „hoc procul dubio observando, ut . . . omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere", und das ist nicht weniger als (nach L. 1. §. 1. cit.) „omnem tuendae rei diligentiam adhibere". Puchta §. 436. not. f. Auch legt L. 8. §. 4. a. (4.) cit. dem Vater als Folge einer dem Kinde nachtheiligen Unterlassung Zahlung aus seinem eigenen Vermögen auf („quodsi pater hoc facere supersederit, ipse usuras vel ex reditibus vel ex sua substantia omnimodo dare compelletur"), und das kann doch nicht als eine bloß moralische Verpflichtung gedeutet werden. Nach L. 6. §. 2. eod. muß zwar zugegeben werden, daß das Kind auch nach Endigung der väterlichen Gewalt nicht, wie von einem Vormund, förmliche Rechnungslegung vom Vater verlangen könne. Aber das heißt nicht, daß das Kind schlechthin ohne Prüfung hinnehmen müsse, was ihm als sein jetziges Gut übergeben wird, daß es nicht zu fragen habe, wie so denn ein ihm angefallenes reiches Erbvermögen in Verlust gerathen sei, daß es nicht Ersatz verlangen könne für erweislich durch des Vaters Verschulden bewirkten Verlust. Vgl. Windscheid §. 517. A. 5. Baron §. 357. 2. a. Seuffert's Arch. III. 337.

[3a Mit Zustimmung des Vaters können sie unter Lebenden, nicht aber von Todeswegen verfügen; s. übrigens §. 484. Z. 4. Ueber Beerbung ab intest. s. §. 474. A. 5.]

4 Marezoll S. 372 fg. [382 fg.] (ebenso Vangerow §. 236. A. 2. Nr. 3.) „will diese Vorschrift ohne genügenden Grund auf die eine angefallene Erbschaft betreffenden Processe beschränken. Es wäre nicht abzusehen, warum der Sohn, der allerdings bei der Annahme der Erbschaft zu consentiren hat, bei den in Folge der schon geschehenen Annahme zu führenden Processen wieder zu consentiren hätte, wenn dies nicht eine allgemeine Regel wäre." Puchta §. 436. not. g. vgl. Windscheid A. 7.

5 Dieses soll auch dann gelten, wenn dem Sohne eine Erbschaft deferirt ist, die von demselben angenommen zum castrense peculium gehören würde. L. 8. §. 2. Cod. h. t. 6. 61.

## §. 433.

Das Recht des Vaters an den Adventitien der Kinder ist in seiner Entstehung, aber nicht auch schlechthin in seiner Dauer durch die väterliche Gewalt bedingt[1]. [S. aber auch §. 436. Z. 1.] Dasselbe endigt 1) wenn die väterliche Gewalt durch einen die Person des Vaters betreffenden Umstand (Tod, magna capitis deminutio, Arrogation desselben) geendigt wird; im Fall der Arrogation geht das Recht desselben auf den Arrogator über und kann alsdann durch dessen Tod wiederum an den Arrogirten zurückfallen[a]; 2) wenn das Kind aus irgend einem andern Grunde ohne oder wider Willen des Vaters sui iuris wird[b]. Wenn dagegen 3) der Vater das Kind freiwillig emancipirt, so soll er als praemium emancipationis[2] den bisherigen Nießbrauch zur Hälfte behalten[c]. 4) Stirbt das Kind, so hört der Nießbrauch des Vaters gänzlich auf, wofern der Vater selbst, wenngleich mit andern, zur Erbschaft des Kindes berufen ist; außerdem besteht er fort[3] bis zum Tode des Vaters[d]; war dem Kinde selbst nur der Nießbrauch gegeben, so behält ihn auch der Vater nach dessen Tode, als sei er zugleich ihm zugewandt worden[e]. Wenn endlich 5) der Vater das Kind in vollkommene Adoption hingibt, so kann er gleichfalls den Nießbrauch an den bereits erworbenen Adventitien desselben behalten[4].

Anm. 1 Gewöhnlich wird als einfaches Princip angenommen, das fragliche Rechtsverhältniß endige mit der väterlichen Gewalt, deren Ausfluß es sei; Puchta §. 436. not. h.; wovon nur singuläre Ausnahmen vorkämen; Vangerow §. 236. A. 3. Aber dieses Princip ist im R. R. nirgendwo unverkennbar ausgesprochen, noch in seinen Consequenzen anerkannt; gelegentlich wird dem Parens der Usufructus einfach auf seine Lebensdauer zugesprochen: „usque in diem vitae suae pater vel avus vel proavus usumfructum habeant", „donec parentes vivunt"; in einigen Fällen ausdrücklich noch nach dem Tode des Kindes. Vgl. not. c. d. e. und Marezoll: „wie geht das väterliche Recht des Usufructus an den sog. Adventitien verloren" u. s. w.? in Linde's Ztschr. XIII. 9., dagegen aber Brinz S. 1196 fg.

2 Constantin hatte in L. 1. §. 2. Theod. Cod. h. t. bezüglich der bona materna dem emancipirenden Vater das volle Eigenthum an einem Drittheil gegeben und dies wurde später auch auf die bona materni generis und lucra nuptialia ausgedehnt durch L. 6. 7. 9. §. 3. Theod. Cod. l. c. Justinian setzte dafür bezüglich der bona adventitia überhaupt den Nießbrauch an der Hälfte. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 6. 61.

a cf. §. 3. J. de usufr. 2. 4. §. 1. J. de acquis. per arrog. 3. 10. §. 11. J. de adopt. 1. 11. b arg. L. 4. in f. L. 6. §. 3. Cod. h. t. 6. 61. Nov. 81. c. 1. §. 1. L. 1. pr. §. 2. L. 9. pr. Theod. Cod. de mat. bon. 8. 18. c §. 2. J. per quas pers. 2. 9. L. 6. §. 3. Cod. 6. 61. cf. L. 2. in f. eod. L. 3. §. 1..3. Cod. 6. 60. L. 1. §. 2. Theod. Cod. l. c. d Nov. 118. cap. 1. 2. cf. L. 3. in f. L. 4. pr. L. 6. §. 1. Cod. 6. 61. L. 7. §. 1. 2 (1). Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. e L. 17. Cod. de usufr. 3. 33. cf. §. 194. A. 1.

[3] Von den Meisten wird dieses geleugnet oder ignorirt, Puchta §. 436. not. h., offenbar mit Unrecht: denn nach dem Recht vor Nov. 118. behielt der Vater in diesem Fall den Nießbrauch („donec vivat, incorruptum"). In Nov. 118. cap. 2. hat Justinian dies aufgehoben für den Fall, wenn der Vater selbst Miterbe ist; für den Fall aber, wenn er nicht zur Erbschaft berufen ist, noch ausdrücklich anerkannt in Nov. 118. cap. 1. *verb.* „Nam in usu harum rerum, qui debet acquiri *aut servari* (cf. L. 3. in f. Cod. h. t. 6. 61.), nostras de his leges parentibus custodimus." Marezoll a. a. O. S. 203 fg. Vgl. jedoch Schirmer Erbr. I. S. 176 fg. A. 138. 139. Brinz S. 1197.

[4] Die Quellen enthalten darüber keine Entscheidung. Nach dem in A. 1. bezeichneten Princip wird gewöhnlich das Gegentheil behauptet. Vgl. dagegen Wening in Linde's Ztschr. I. 17. Marezoll a. a. O. S. 212 fg. Sintenis III. §. 139. A. 39.

## §. 434.

### δ) Bona adventitia irregularia.

Eine Ausnahme von dem regelmäßigen Rechtsverhältniß der Adventitien tritt ein 1) bezüglich des Erwerbes, den das Kind wider Willen des Vaters gemacht hat [a]; 2) wenn der Vater als gesetzlicher Erbe mit seinem Kinde zusammen ein anderes Kind beerbt, bezüglich des jenem zukommenden Erbtheils [b]; 3) wenn dem Kinde von einem Dritten etwas zugewendet ist mit der Bestimmung, daß der Vater daran kein Recht oder nicht das volle Recht der väterlichen Gewalt haben sollte, soweit die Beschränkung reicht [c].

In Ansehung dieser Güter gilt zwar das Kind nicht vollkommen als Paterfamilias, es kann nicht auf den Todesfall darüber verfügen: aber sie werden als freies Vermögen desselben behandelt, das dem regelmäßigen Recht des Vaters, namentlich der Nutznießung desselben entzogen ist [1]. Auch hat das Kind, sofern es dazu fähig ist, und wenn nicht etwa in dem Falle unter Nr. 3. etwas besonders darüber bestimmt ist, selbst das Recht der Verwaltung [d]; ist aber dasselbe noch einer Vormundschaft bedürftig, so kann immerhin noch der Vater die Verwaltung für dasselbe übernehmen, oder es wird ihm ein anderer Vormund dafür bestellt [e]. In dem Fall Nr. 3. aber, wenn ein Dritter dem Kinde ein Vermögen zuwendet, kann dieser unbedenklich auch umgekehrt anordnen, daß dem Vater nur die Verwaltung nicht, wohl aber der Nutzgenuß, der Anspruch auf die Einkünfte, zustehen solle. Und ebenso gestaltet sich das Verhältniß, wenn dem Vater wegen grober Verletzung seiner Pflichten die Verwaltung entzogen und einem Vormunde übertragen wird [2].

[a] L. 8. pr. §. 1. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 432. not. k. [b] Nov. 118. cap. 2. cf. §. 433. not. d. [c] Nov. 117. cap. 1. [d] Nov. 117. cap. 1. §. 1. L. 8. §. 1 a. (pr.) Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [e] L. 8. §. 1 b. 1 c. (§. 1.) Cod. l. c.

Anm. [1] Vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. VIII. S. 409 fg. Buchholtz das. XIV. 11.; zu Nr. 3. vgl. Seuffert's Arch. XII. 43. Im Justinianischen Recht kommt noch ein jetzt unpraktischer Fall vor, bezüglich desjenigen, was ein Kind wegen ungesetzlicher Scheidung aus dem Vermögen der Mutter erhalten hat: Nov. 134. cap. 11. Außerdem zählen Manche noch folgende Fälle hieher: 1) wenn dem Kinde eines Wahnsinnigen eine Erbschaft zugefallen, nach L. 52. pr. D. de acquir. hered. 29. 2. Puchta §. 437. not. n., dagegen Vangerow §. 237. A. 1.; 2) wenn der Vater dem Sohne ein Fideicommiß wegen schlechter Verwaltung sofort restituiren muß, nach L. 52 (50). D. ad Sc. Trebell. 36. 1. Puchta §. 437. not. p. Andere nehmen hier ein quasi castrense peculium an. Vangerow §. 235. In der That aber liegt hier ein eigenthümliches Verhältniß vor, das vom peculium quasi castrense sowohl als von dem adventitium irregulare verschieden ist: Imperator Hadrianus, quum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio iussit ita, ne quid (in) ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet. Nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate damnum conditionis propter fraudem inflixit; post decreti autem auctoritatem in ea hereditate filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti vel etiam cum debitoribus agi oporteret. Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari. Nur *quamdiu filius viveret* soll der Vater hier kein Recht haben; stirbt der Sohn, ehe er *in potestate esse desiit*, so ist das Fideicommiß ganz hinfällig, weil seine Bedingung nicht erfüllt worden. Vgl. Fitting Castrens. Pecul. S. 404 fg. 407. A. 3.

[2] Ob dies Rechtens sei, ist jedoch sehr streitig. Dagegen Marezoll S. 426. Vangerow §. 237. A. 1. S. 443. Dafür Sintenis §. 141. A. 42[a]. Windscheid §. 517. A. 5[a]. Brinz S. 1198 fg. arg. L. 13. §. 2. Cod. de sent. pass. 9. 51. L. 52 (50). D. cit. (worin Brinz ein arg. a maiori ad minus findet); und nicht zu leugnen ist, daß es sich praktisch empfiehlt. So ist es denn auch als zulässig anerkannt in Seuffert's Arch. III. 336. VII. 198. XX. 222., verworfen aber in II. 306. Von selbst versteht sich übrigens, daß der Vater die Verwaltung verliert, wenn er selbst bezüglich seines eigenen Vermögens unter Curatel gestellt wird. Seuffert's Arch III. 342. XX. 222.

## §. 435.

### e) Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind.

Aus der Natur des Verhältnisses zwischen Vater und Kind (§. 428. 429.) ergab sich nach altem Recht von selbst die Unmöglichkeit klagbarer Rechtsansprüche und civilrechtlich gültiger Rechtsgeschäfte unter ihnen [1]. Dieses ist auch im Justinianischen Rechte noch als Regel anerkannt [a]. Ist dem Sohne ein Peculium gegeben (§. 430.), so können in Beziehung darauf wohl Schuldverhältnisse zwischen Vater und Sohn stattfinden, Forderungen oder Schulden des Peculiums an den Vater, die aber nur

[a] §. 6. J. de inutil. stip. 3. 19. L. 2. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 52 (50). D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. §. 430. not. b. c. L 7. D. de O. et A. 44. 7. L. 16. D. de furt. 47. 2.

als naturales obligationes bestehen[b], auch als solche während der Dauer der väterlichen Gewalt nur dritten Personen gegenüber[c], erst nach Endigung derselben auch zwischen Vater und Kind, mit Rücksicht auf das Schicksal des Peculiums wirken[d]. Und dasselbe gilt denn auch[e] in Ansehung der unter Personen, welche in derselben väterlichen Gewalt stehen, entstandenen Obligationen[2].

In dieser Beziehung macht auch das regelmäßige Verhältniß der bona adventitia keine Aenderung; bezüglich derselben ist das Kind, obwohl ihm das Eigenthum vorbehalten ist, noch ganz vom Vater abhängig, und entbehrt jeder Dispositionsbefugniß. Ueberläßt dieser ihm den Genuß solcher Güter und den Bezug von Früchten derselben, so wirkt dieses nicht anders, als wenn er ihm sonst etwas von dem Seinigen gibt, und nur wenn er es vor Endigung der väterlichen Gewalt nicht zurücknimmt, bleibt das dadurch Gewonnene dem Kinde, wie ein anderes nicht widerrufenes Geschenk[f]. Rücksichtlich des castrense und quasi castrense peculium aber fällt die fragliche Rechtsregel völlig weg[g] und auch rücksichtlich der bona adventitia irregularia scheint es inconsequent, dieselbe noch festzuhalten[3].

Anm. [1] Man hat dieses gewöhnlich aus einer sog. unitas personae abgeleitet, die zwischen Vater und Kind durch die väterliche Gewalt bestehe. Veranlaßt ist dieser Ausdruck „durch eine beiläufige und nicht hiehergehörige Phrase Justinians" in L. 11. §. 1. (L. 11. i. f.) Cod. de impub. subst. 6. 26. „cum et natura pater et filius eadem persona pene intelliguntur"; vgl. §. 4. J. de inutil. stip. 3. 19. „quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intelligitur in his rebus, quae tibi acquiri possunt", „woraus man eben so gut eine unitas oris hätte ziehen können." Puchta §. 432. bei und in not. d. „Der Ausdruck Personeneinheit ist sehr ungeeignet, die wahre Natur des Verhältnisses zu bezeichnen; wer von ihm als Princip ausgeht, wird unter drei Punkten zwei falsch entscheiden". Puchta Vorles. §. 432. a. E. Vgl. vorzüglich v. d. Pfordten Abh. Nr. 2. „über Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen". Doch vertheidigt die unitas personae (nicht: personarum) wieder Brinz S. 1160 fg. aus dem Gesichtspunkte, „daß das Kind, vermögensrechtlich betrachtet ... unselbständiges Subject, keine Person im activen Sinne des Wortes war; daß es also vermögensrechtlich im Hause nur Eine active Person, kurzgesprochen nur Eine Person gab, die des Vaters nämlich". Vgl. auch Keller Pand. §. 418. Sintenis §. 141. A. 3., dagegen aber Mandry Familiengüterrecht I. S. 33 fg. 158 fg. 367 fg.

[2] L. 38, pr. D. 12. 6. (eine der sog. leges damnatae): Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit;

[b] L. 3. §. 7. L. 11. §. 2. L. 38. pr. §. 1. L. 52. pr. L. 56. D. de peculio. 15. 1. L. 38. D. de cond. indeb. 12. 6. [c] L. 56. §. 1. D. de fideiuss. 46. 1. cf. §. 247. not. o. r. [d] L. 38. §. 1. 2. D. de cond. indeb. 12. 6. [e] L. 38. pr. cit. [f] L. 6. §. 2 c. (2.) Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [g] L. 2. pr. D. de contrah. emt. 18. 1. L. 42. §. 3. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 15. §. 1. 2. D. de castrensi pecul. 49. 17. cf. L. 10. in f. D. de fideiuss. 46. 1. L. 4. D. de iud. 5. 1.

quaesitum est, an repetere possit? Respondit: utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret; idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. Igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnis a coherede praestetur; porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. Vgl. v. d. Pfordten S. 172 fg. Schwanert Naturalobl. S. 320 fg.

[3] Schwanert a. a. O. S. 332 fg. Weiter geht v. d. Pfordten S. 144 fg., indem er auch bezüglich des peculium adv. reg., wenn gleich mit enger Beschränkung, Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Sohn zuläßt, und Windscheid §. 289. A. 27. §. 519. A. 5., welcher es nur einer Nachlässigkeit oder Bequemlichkeit der Compilatoren Schuld gibt, daß im Justinianischen Rechte nicht ausdrücklich die Möglichkeit von Rechtsverhältnissen zwischen dem Kinde als solchem und dem Vater in derselben Weise anerkannt sei, wie sie früher zwischen dem filiusfamilias miles und dem Vater bezüglich des peculium castrense möglich waren. Dagegen halten Viele auch bezüglich des pec. adv. irregulare Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind noch für unstatthaft. Puchta §. 438. Vangerow §. 237. A. 2. Sintenis §. 142. A. 8. Brinz S. 1201 fg.

## §. 436.

### b) Heutige Geltung des römischen Rechts.

Die bisher (§. 429 .. 435) dargestellten Regeln des römischen sog. Peculienrechts werden nicht nur von den meisten Schriftstellern noch als praktische vorgetragen; in den meisten Hauptpunkten ist auch deren gemeinrechtliche Gültigkeit unbestritten anerkannt[1]. Insbesondere hat das Recht der Adventitien (§. 432.), mit den Beschränkungen der §§. 431. 434., um so leichter in Deutschland Anerkennung gefunden, als schon nach älterem deutschen Rechte dem Vater kraft der väterlichen Vormundschaft wesentlich gleiche Befugnisse am Vermögen der Kinder zugestanden waren.

Allein nach heutigem Recht muß 1) allerdings wohl als Princip dieses Verhältnisses anerkannt werden, daß der väterliche Nießbrauch als Ausfluß der väterlichen Gewalt regelmäßig an deren Dauer geknüpft sei[2]. 2) Sehr zweifelhaft ist die praktische Gültigkeit des praemium emancipationis[3]. 3) Von manchen wird behauptet, nicht nur, daß jetzt überhaupt Rechtsgeschäfte und Rechtsansprüche zwischen Vater und

Kind als vollkommen wirksame bestehen können[4], sondern auch insbesondere Schenkungen des Vaters an das Kind sofort unwiderruflich gültig seien, nicht ein peculium profectitium bilden oder vermehren, vielmehr den Adventitien gleichstehen[5], ja, daß ein peculium profectitium heutzutage überall nicht mehr vorkomme, also auch von der darauf bezüglichen actio de peculio oder tributoria keine Rede mehr sei[6].

Anm. 1 Vgl. überhaupt Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts II. S. 618 fg.

2 Vgl. §. 433. A. 1. 3. 4. Dem älteren deutschen Rechte ist dieses Princip entsprechend und die herrschende Meinung erkannte es von jeher und die überwiegende Mehrzahl der Rechtsgelehrten erkennt es auch jetzt noch als das des R. R. an.

3 Kraut a. a. O. S. 665 fg. Der Zweifelsgrund dagegen ist, daß heutzutage die väterliche Gewalt auch ohne Emancipation gewöhnlich noch bei Lebzeiten des Vaters endigt. Indessen ist in einzelnen Particularrechten das praemium emancipationis sogar ausdrücklich anerkannt, und zwar consequent auch, sofern sie durch des Vaters Willen geschieht, bei der sog. emancipatio germanica. Vgl. Puchta §. 445. nach not. n.

4 Vgl. Seuffert's Arch. I. 353. XIV. 44. XVII. 255. XIX. 160., dagegen VII. 195. IX. 44. 304. XV. 30., vgl. auch III. 333. XIII. 267.

5 Vgl. Seuffert's Arch. XIV. 44. et ibi cit.; dagegen II. 305. Windscheid §. 484. A. 2. §. 519. A. 6. Brinz S. 1206.

6 Vgl. Kraut a. a. O. S. 640 fg. Dollmann in Seuffert's Bl. f. Rechtsanwend. XIV. S. 129 fg. Seuffert Pand. §. 483. 485. 486. Gerber deutsches Privatrecht §. 241. 242. Dagegen Windscheid §. 484. A. 4. Vgl. übrigens noch Bayr. Landr. I. 5. §. 2. nr. 4. „obschon nach römischen Rechten Vater und Kinder dergestalt für eine Person geachtet werden, daß zwischen ihnen weder eine Schenkung, noch Contract, Prozess oder andere Handlung Platz greifet, so ist doch solches . . . nicht mehr in Gebrauche u. s. w." und sodann zu I. 5. §. 3., wo die römische Theorie des peculium profectitium noch anerkannt ist, Kreittmayr in den Anm. unter Nr. 2. „Hieraus nun siehet man wohl, daß sothane Action (de peculio) meistentheils nur Kauf- oder Handelsleute betreffe, welche ihre Kinder mit einem gewissen Theil ihres Vermögens marchandiren lassen . . . Und da nun dieses heutzutage selten mehr geschieht, ohne daß die Kinder ausdrücklich oder wenigstens tacite per separatam oeconomiam der väterlichen Gewalt entlassen werden, so kommt auch diese Action nicht leicht mehr auf das Tapet; ita ut hodie plus difficultatis quam utilitatis habere videatur (Lauterb. Colleg. h. t. §. 41.)." Daß das Peculium im römischen Sinn nicht mehr praktisch sei, behauptet mit Savigny Obl. II. S. 52. auch Brinz S. 1204 fg., obwohl er die Regel festhält, daß das Kind nicht vom Vater erwerben könne und daß überhaupt Rechtsgeschäfte zwischen Vater und Kind nicht stattfinden. Dietzel aber in Bekker's Jahrb. II. 1. III. 3. will darthun, daß es schon im Justinianischen Recht kein Peculium im alten Sinn mehr gebe; dagegen Keller das. III. 6. Sintenis §. 141. A. 67. Windscheid a. a. O.

## II. Vom Verhältniß der Aeltern zu den Kindern überhaupt.

### §. 437.

### A. Zu leiblichen Kindern.

Ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt besteht zwischen Aeltern und Kindern gegenseitig die Pflicht der Unterhaltgewährung nach §. 348. Die Kinder sind außerdem den Aeltern Ehrerbietung schuldig[a]*. Deshalb sollen die Kinder von den Aeltern keinen Gefährdeeid[1] verlangen[b], und kein ehrenkränkendes oder ausdrücklich auf Dolus sich gründendes Rechtsmittel gegen dieselben in Anwendung bringen[c], ausgenommen wegen atrox iniuria[d], noch dieselben peinlich anklagen[e]. Beleidigungen der Kinder gegen die Aeltern aber werden besonders geahndet[f]. Auch steht diesen gegen jene[2] die Rechtswohlthat der Competenz zu[g]. Sodann haben die Aeltern als solche, also auch die Mutter, obgleich der Wille des Vaters regelmäßig überwiegt, das Recht auf die Erziehung des Kindes, und unter Umständen wird die Erziehung der Mutter selbst mit Ausschließung des Vaters eingeräumt, namentlich wenn dieser die Schuld der Scheidung trägt oder seines schlechten Lebenswandels wegen das Wohl der Kinder durch ihn gefährdet wäre[h]. Endlich wird schon nach römischem Rechte bei der Ehe einer minderjährigen Tochter, nach heutigem Recht aber überhaupt bei der Ehe der Kinder auch auf die Einwilligung der Mutter[3] Rücksicht genommen[i].

Uebrigens hat das Kind gegen die Aeltern nöthigenfalls eine Klage auf Anerkennung seines Kindesverhältnisses, actio de liberis agnoscendis et alendis oder sog. actio *de filiatione*, und auch die Mutter kann gegen den sie verweigernden Vater auf Anerkennung des Kindes klagen (actio *de partu agnoscendo*), wobei jedoch, falls das Kind erst nach der Scheidung geboren ist, gemäß dem Sc. Plancianum die Beobachtung besonderer Maßregeln vorausgesetzt ist[k]. Andere Vorschriften hat noch das Edict für den Fall aufgestellt, wenn die Frau nach dem Tode des Mannes schwanger zu sein behauptet[l].

[a] Dig. de obsequiis parentibus et patronis praestandis. 37. 15. cf. L. 4. 5. Cod. de patr. pot. 8. 46 (47). L. 4. D. de cur. fur. 27. 10. [b] L. 7. §. 3. D. h. t. 37. 15. cf. L. 16. D. de iureiur. 12. 2. [c] L. 2. 5..7. pr. D. h. t. cf. L. 4. §. 16. D. de doli except. 44. 4. [d] L. 7. §. 3. 4. D. de iniur. 47. 10. [e] L. 11. §. 1. D. de accusat. 48. 2. [f] L. 1. §. 2. 3. D. h. t. 37. 15. L. 4. Cod. de patr. pot. 8. 46 (47). [g] L. 7. §. 1. D. 37. 15. §. 38. J. de act. 4. 6. L. 54. D. soluto matr. 24. 3. cf. §. 225. N. 3 a. [h] L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. 5. D. de lib. exhib. 43. 30. L. un. Cod. divortio facto apud quem liberi morari vel educari debent. 5. 24. Nov. 117. cap. 7. [i] L. 4. L. 20. pr. (L. 20.) Cod. de nupt. 5. 4. cf. §. 428. not. d. [k] L. 1..3. D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3. cf. §. 348. [l] Dig. de inspiciendo ventre custodiendoque partu. 25. 4.

Anm. [* Geschichtliches in Leist gräco-ital. Rechtsgesch. S. 11 fg.]

[1] L. 7. §. 3. D. h. t. 37. 15. sagt: Nec deferentes iusiurandum de calumnia iurant. Dagegen L. 34. §. 4. D. de iureiur. 12. 2. Hoc iusiurandum de calumnia neque patrono neque parentibus remittitur; aber hier ist zu lesen: *aeque patrono parentibusque*; oder *aeque p. atque par. remittitur.* Mommsen ad h. l.

[2] Das beneficium competentiae der Aeltern hatte nach seiner ursprünglichen Bedeutung (§. 225. A. 2.) gewiß nur in der reverentia parentibus debita seinen Grund, wozu aber nach dessen späterer Bedeutung auch noch die Alimentationspflicht der Kinder gegen die dürftigen Aeltern als unterstützender Grund hinzukommt (§. 348.). Daß auch die Kinder den Aeltern gegenüber derselben Rechtswohlthat genießen, ist in den Quellen nirgend bestimmt ausgesprochen (not. g.); ein ungenügender Beweis dafür ist es, den man in L. 30. in f. D. de re iud. 42. 1. hat finden wollen, und aus der Gegenseitigkeit der Alimentationspflicht ist es auch nicht schlechthin abzuleiten. Es ist daher wohl gegründet, wenn die Neueren großentheils es nicht annehmen. Vangerow §. 174. A. 2. Nr. 1.

[3] [Das in §. 428. A. 2. erwähnte Recht steht der Mutter bei außerehelichen Kindern oder aber nach des Vaters Tode zu.]

## §. 438.

## B. Zu angenommenen Kindern.

Eine vollkommene Adoption erzeugt zwischen dem Adoptirten und Adoptivvater, auf so lange die Adoptivverwandtschaft besteht, auch in den im §. 437 angegebenen Beziehungen ein gleich wirksames Verhältniß, wie zwischen dem leiblichen Vater und seinem Kinde. Aber auch eine Frau kann durch Rescript des Regenten ein Kind mit der Wirkung adoptiren, daß dasselbe zu ihr ganz die Stellung eines leiblichen rechtmäßigen Kindes einnimmt, obgleich sie nicht die väterliche Gewalt erlangen kann[a]. Dagegen hat die sog. adoptio minus plena (§. 425.) kein älterliches Recht zur Folge; ihre juristische Wirkung besteht nur darin, daß der Adoptirte ein gesetzliches Kindeserbrecht erlangt[b], welches durch Emancipation wieder ausgeschlossen werden kann[c]. Ein anderes Verhältniß, das jedoch mit der adoptio minus plena verbunden sein kann, ist das der Pflegkindschaft. Dieses hat aber, abgesehen von den in Beziehung auf die Aufnahme des Pflegkindes (alumnus) etwa durch Vertrag begründeten obligatorischen Rechtsansprüchen, keine juristische (familienrechtliche) Wirkung; nur soll das Pflegkind die Pflegältern nicht peinlich anklagen[d].

Anm. Ein Rescript von Diocletian und Maximian (L. 5. Cod. de adopt.) gewährte der Bittstellerin Syra die Adoption ihres Stiefsohnes „in solatium amis-

[a] L. 5. Cod. de adopt. 8. 47 (48). §. 10. J. de adopt. 1. 11. cf. L. 29. §. 3. D. de inoff. test. 5. 2. [b] L. 10. §. 1 d . . 1 g. (§. 1.) Cod. de adopt. 8. 47 (48). [c] L. 10. §. 2. Cod. l. c. [d] L. 17. Cod. qui accus. n. p. 9. 1. cf. L. 132. pr. D. de V. O. 45. 1.

sorum ... filiorum", und so sagt auch §. 10. J. eod. „Feminae ... ex indulgentia principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt." Es ist aber kein Zweifel, daß die indulgentia principis auch, wo dieser Beweggrund nicht stattfindet, die Adoption gewähren kann.

---

## Drittes Capitel.

## Von der Vormundschaft.

### I. Begriff und Arten.

#### §. 439.

Vormundschaft[1] ist eine für solche Personen, welche ihre rechtlichen Angelegenheiten selbst gehörig wahrzunehmen wegen persönlicher Eigenschaften nicht im Stande sind, rechtlich angeordnete Fürsorge und Vertretung durch andere Personen, welche als Ersatz für den durch die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt zugleich gewährten Schutz für Schutzbedürftige da eintritt, wo jener Familienschutz nicht besteht oder nicht ausreicht[2].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Rudorff das Recht der Vormundschaft, aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt, 3 Bde. 1832..34. Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts dargestellt, 3 Bde., 1835. 1847. 1859. Heimbach „Vormundschaftsrecht" im Rtslex. XIII. S. 327..964. Vgl. „Cura" das. III. S. 133..221.

[2] Nach diesem Gesichtspunkte reiht man die Vormundschaft den Familienverhältnissen an. Savigny System I. S. 361 fg. Arndts Encyklop. §. 64. Puchta dagegen stellt die Lehre von der Vormundschaft in das Obligationenrecht, Pand. §. 331 bis 357.; eben so Windscheid „Vormundschaft und Güterpflege" II. §. 432..447., führt jedoch die erste auch wieder im Familienrecht auf (B. V. Cap. 3.) in nur einem §. (526.). Brinz handelt davon im 3. Buch „v. d. Rechten", Th. 2. „die Familien- und Vormundschaftsrechte", Abschn. 2. „die Vormundschaft" §. 285..306. S. 1311 bis 1379., worauf in Abschn. 3. §. 307..310. noch folgt: „Güterpflegen und Specialcuratelen".

#### §. 440.

Die Gründe, wegen deren eine Vormundschaft eintreten kann, sind:

1) Jugendliches Alter. Aus diesem Grunde sollen nach römischem Recht a) Unmündige, die sui iuris sind, von Rechtswegen unter einer Vormundschaft stehen, welche Tutela heißt, *tutela impuberum* s. pupil-

lorum[a]. b) Mündige Minderjährige bedürfen zu gewissen Handlungen des Beistandes eines Curators, und kann ihnen in einigen Fällen auch wider ihren Willen ein solcher bestellt werden[b]; sie können auf ihr Gesuch immer Curatoren für ihr ganzes Vermögen erhalten; aber eine allgemeine Vorschrift, daß sie unter Vormundschaft stehen sollen, besteht im römischen Rechte nicht[c]. Der Unterschied zwischen der tutela impuberum und *cura minorum*[1] besteht darin, daß der Tutor durch seine Auctoritas die Handlungsfähigkeit des impubes infantia maior an sich ergänzt[d], während bei dem curator minoris nur von dessen Zustimmung zu selbständig vorgenommenen Handlungen des Minderjährigen die Rede ist[e]. Die erste endigt mit der Mündigkeit[f], und tritt alsdann in der Regel nur ein Anderer, nicht der gewesene Tutor, als Curator für die Zeit der Minderjährigkeit ein[g]. — Nach heutigem Rechte aber ist es allgemeine Vorschrift, daß Minderjährige unter Vormundschaft stehen, und ist nun die tutela impuberum und die cura minorum zu einer von der ersten Kindheit bis zur Volljährigkeit sich erstreckenden Altersvormundschaft verschmolzen worden[2].

2) Mangel der Willensfähigkeit wegen geistiger Krankheit; darauf beruht die cura *furiosi*[h], die jedoch nur dann eintritt, wenn nicht ohnehin durch Altersvormundschaft für den Wahnsinnigen gesorgt ist[i]. Damit verwandt ist

3) Unsinnige Verschwendung, wegen deren einer sonst selbständigen Person durch richterliches Decret nach vorgängiger Untersuchung die eigene Verwaltung ihres Vermögens entzogen[k] und somit das Bedürfniß einer Vormundschaft für dieselbe begründet ist, cura *prodigi*[l].

4) Hinderung eigener genügender Fürsorge für sich selbst durch andauernde Schwäche oder Kränklichkeit oder einen körperlichen Fehler, z. B. Stummheit, Taubheit, wegen deren Jemand mit seinem Willen einen Vormund (Curator) erhalten kann; daher die sog. cura *debilium personarum*[m][3].

[a] Inst. de tutelis. 1. 13. Dig. 26. 1. [b] L. 2. 3. Cod. qui legitimam pers. in iud. 3. 6. Cod. de in litem dando tut. v. cur. 5. 44. L. 1. 7. Cod. qui pet. tut. 5. 31. L. 5. §. 5. L. 33. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7. cf. L. 1. §. 2 . . L. 3. pr. D. de minor. 4. 4. [c] pr. §. 2. J. de curatoribus. 1. 23. [d] Inst. de auctoritate tutorum. 1. 21. Cod. de auctoritate praestanda. 5. 59. L. 19. D. de auct. tut. 26. 8. L. 17. §. 1. D. de app. 49. 1. cf. §. 4. J. qui dari tut. 1. 14. [e] Dig. de auctoritate et *consensu* tutorum et *curatorum*. 26. 8. [f] pr. J. quib. mod. tut. fin. 1. 22. L. 3. Cod. quando tut. esse desin. 5. 60. [g] L. 5. §. 5. D. de adm. 26. 7. not. b. cf. §. 18. J. de excus. 1. 25 L. 25. D. de tut. dat. 26. 5. L. 20. Cod. de excus. 5. 62. [h] §. 3. J. de curator. 1. 23. Dig. de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. 27. 10. Cod. de curatore furiosi vel prodigi. 5. 70. [i] L. 3. pr. §. 1. D. de tutel. 26. 1. L. 1. Cod. h. t. 5. 70. cf. L. 8. §. 3. D. de tut. dat. 26. 5. [k] L. 1. pr. D. de curat. fur. 27. 10. cf. §. 37. not. b. L. 12. §. 2. D. de tut. dat. 26. 5. [l] §. 3. J. l. c. 1. 23. cf. not. h. [m] §. 4. J. l. c. L. 2. D. de cur. fur. 27. 10. L. 12. pr. D. de tut. dat. 26. 5.

Nicht hieher gehören die Fälle, wo ohne unmittelbare Rücksicht auf die Person für die Verwaltung gewisser Güter ein Curator bestellt wird (cura *bonorum* oder rerum, §. 296.).

Anm. [1] Vgl. Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel im Mag. für Rtsw. III. 1. 14. Bethmann-Hollweg im Rh. Mus. VI. S. 252..254., mit Savigny von dem Schutz der Minderjährigen im R. R., und insbesondere von der lex Plaetoria, in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. X. 3., in den vermischten Schriften II. 18.

[2] R.P.O. von 1548. Tit. 31. §. 1. v. 1577. Tit. 32. §. 1. . . . „Wann aber nun den Obrigkeiten zustehet, in dem gebührlich und billig Einsehens (zu) haben, damit die Pupillen und minderjährigen Kinder unbetrogen und unvernachtheiligt bleiben, so wöllen Wir allen und jeden Churfürsten, Fürsten, Prälaten, Grafen, Herrn, von Adel und Communen hiemit ernstlich auferlegt und befohlen haben, in ihren Fürstenthumen, Herrschafften, Obrigkeiten und Gebieten dermassen Vorsehung zu thun, und zu verordnen, daß den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher, da die ihnen von ihren Eltern in Testamenten oder letzten Willen nit verordnet, oder ihre angeborne Freund und Verwandten sich der Vormündschaft aus rechtmäßigen Ursachen nit unterziehen wollten oder darzu tüglich und geschickt wären, gegeben werden". Vgl. Rudorff I. §. 14. 15. Kraut [I. S. 234 fg.] II. S. 94 fg.

[[3] Nach röm. R. war auch das weibliche Geschlecht ein Grund der Bevormundung. Mündige, keiner Hausgewalt unterstehende Frauen hatten einen Tutor, der aber nur zur auctoritatis interpositio, nicht auch zur Vermögens-Verwaltung befugt war. Diese nicht sowohl dem Interesse der Bevormundeten, als vielmehr ihrer Agnaten dienende *tutela mulierum* war schon durch die L. Claudia (unter Kaiser Claudius) größtentheils aufgehoben, und ist in der vierten Periode gänzlich verschwunden. S. Gaius I. 190 sq. cf. Ulp. XI. (passim.) Vgl. Müller Instit. §. 177. Zimmern Rechtsgesch. I. §. 244. §. 245. Rudorff I. §. 6. 7. — Ueber die deutsche Geschlechtsvormundschaft s. Kraut II. §. 68 fg.]

## §. 441.

Der Obrigkeit liegt nicht nur ob, dafür zu sorgen, daß den einer solchen bedürftigen Personen eine Vormundschaft wirklich bestellt werde; sie kann und soll auch in gewissem Maße Einfluß auf die Führung der Vormundschaft üben, um der Gefährdung des Bevormundeten durch Untreue oder Fahrlässigkeit und Unklugheit der Vormünder entgegenzuwirken. Darin besteht die Obervormundschaft, die als ein Ausfluß der Polizeigewalt des Staats zu betrachten ist und die Vormundschaft als ein Institut von theilweise öffentlich-rechtlichem Charakter erscheinen läßt. Eine solche obervormundschaftliche Gewalt tritt schon im römischen Rechte mehrfach bedeutend hervor, ist aber noch vollständiger im neueren Rechte anerkannt und ausgebildet, und zwar als ein regelmäßiges Attribut der richterlichen Gewalten.

Anm. [1] R.P.O. a. a. O. §. 3. a. E. „indeme dann alle und jede Obrigkeiten, vermög göttlicher, und Unserer Kayserlichen Gebott, sonders fleißiges Auffsehens zu thun, aus tragendem Ampt, sich schuldig erkennen, und darumb keines Vormünders Fahrlässigkeit, noch weniger Vervortheilung bei seinem Pflegkind, oder dessen Güter ungestrafft hingehen lassen sollen." Vgl. Rudorff I. §. 2. Kraut I. S. 77 fg. II. S. 95. — Puchta §. 331. a. E. „Manche Particularrechte sind in dieser Beziehung so weit gegangen, daß in ihnen die vormundschaftliche Verwaltung von der obervormundschaftlichen so viel möglich nahezu absorbirt worden ist, ein der Einfachheit, Sparsamkeit und Energie der Verwaltung ungünstiges Extrem." Arndts in krit. Jahrb. X. S. 240. (civ. Schr. III. S. 329). „Der Gesetzgeber muß sich darein ergeben, es niemals völlig hindern zu können, daß ein Mündel zu Schaden komme; sonst wird er es leicht dahinbringen, daß fast jeder zu Schaden kommt."

[2] Neben der staatlichen Obervormundschaft kommt noch ein gewisser Einfluß der nächsten Angehörigen des Mündels, eines Familienrathes, in vormundschaftlichen Angelegenheiten vor. Vgl. darüber Arndts a. a. O. mit Rudorff §. 3. Schenk der Familienrath. 1863.

## II. Begründung der Vormundschaft.

### A. Fähigkeit zur Vormundschaft.

### §. 442.

Fähig zur Vormundschaft sind regelmäßig nur Personen männlichen Geschlechts[a], sui oder alieni iuris[b], die nicht selbst noch einer Vormundschaft bedürfen[c]. Frauen sind davon ausgeschlossen[d]; nur Mütter und Großmütter können über Kinder und Enkel die Vormundschaft führen, wenn sie auf die weiblichen Rechtswohlthaten verzichten und so lange sie nicht eine andere Ehe eingehen[e]. Außerdem sind unfähig 1) Bischöfe und Mönche ohne Ausnahme, andere Geistliche mit der Ausnahme, daß ihnen die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte zu führen gestattet ist[f]. 2) Soldaten[g], ausgenommen sofern sie durch Testament eines Mitsoldaten zur Vormundschaft berufen sind[h 1]. 3) Minderjährige[i]. 4) Wahnsinnige und erklärte Verschwender, sowie auch solche Personen, die wegen Krankheit oder körperlicher Gebrechen zu solchem Amte natürlich untauglich sind; diese sind zwar nicht geradezu für unfähig erklärt, und ihre Berufung ist nicht von Rechtswegen (ipso iure) nichtig, aber sie sollen von der Obrigkeit weder zu Vormündern berufen, noch, wenn sie auf andere Weise berufen wären, zur Führung der Vormundschaft zu-

[a] L. 16. pr. D. de tutel. 26. 1. L. 1. Cod. quando mul. 5. 35. [b] pr. J. qui test. tut dari poss. 1. 14. [c] L. 16. §. 1. L. 17. D. l. c. L. 5. §. 1. (L. 5.) Cod. de leg. tut. 5. 30. §. 13. J. de excus. 1. 25. [d] L. 18. D. l. c. [e] L. 2. 3. Cod. quando mulier tutelae officio fungi potest. 5. 35. Nov. 89. cap. 14. Nov. 94. cap. 2. Nov. 118. cap. 5. cf. §. 361. A. 3. §. 362. not. d. §. 417. not. k. [f] Nov. 123. cap. 5. [g] L. 4. Cod. qui dare tutores vel curatores et qui dari (non) possunt. 5. 34. [h] L. 23. §. 1. D. de excusat. 27. 1. [i] L. 5. Cod. de legit. tut. 5. 30. §. 13. J. de excusat. 1. 25. cf. L. 10. §. 7. D. de excus. 27. 1. §. 2. J. qui dari tut. test. 1. 14.

gelassen, und, wenn der Mangel erst später eintritt, von derselben entfernt, statt derselben aber ein anderer Vormund, unter Umständen nur interimistisch, obrigkeitlich ernannt werden[k 2]. Ueberhaupt kann und soll zudem die obervormundschaftliche Behörde einen Vormund ausschließen, den sie für untauglich oder das Beste des Mündels gefährdend zu halten genügenden Grund hat[13].

[Anm. [1] Nach dem R.Milit.G. v. 2. Mai 1874. §. 41. sind die Mil.-Personen des Friedensstandes und die Civilbeamten der Militär-Verwaltung zwar mit Genehmigung ihrer Vorgesetzten fähig zur V., können aber ablehnen.]

[2] In den Fällen unter Nr. 4. sprechen die Quellen noch von einer excusatio (§. 447.). Da aber der Berufene hier, als unfähig zur Führung der Vormundschaft, auch wider Willen davon ausgeschlossen wird, so nennt man sie excusatio necessaria. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen diesen Fällen und denen der absoluten Unfähigkeit (nach Nr. 1..3.) besteht darin, daß im letzteren Falle die Berufung zur Vormundschaft ipso iure nicht eintritt, im ersteren der Berufene nur durch obrigkeitliche Bestellung eines andern Vormunds beseitigt wird. Jedoch gilt auch von dem Falle unter Nr. 3. insofern dasselbe, als die testamentarische Ernennung eines Minderjährigen nicht schlechthin ungültig ist, sondern nur interimistisch ein anderer Vormund obrigkeitlich bestellt wird. [Ueber die Lesearten der L. 3. Cod. 5. 34. (not. k.) vgl. Krüger in seiner Codexausgabe S. 466. Kritik des Just. Codex S. 45.]

[[3] Ueber den Einfluß der Ehrenminderung s. R. Straf-G. §. 34. Z. 5.; vgl. Mandry Reichsges. §. 8.]

## §. 443.

Manche Personen sind zwar nicht überhaupt von Vormundschaften ausgeschlossen, sollen aber bei gewissen Vormundschaften nicht zugelassen werden, sind also relativ unfähig, nämlich: 1) wer durch Verbot des Vaters oder der Mutter des Mündels ausgeschlossen ist[a], 2) wer mit dessen Aeltern in unversöhnter Feindschaft gelebt hat[b], 3) wer sich zur Vormundschaft drängt[c], 4) der Ehemann, in Betreff der Vormundschaft über die Frau[d], 5) Gläubiger und Schuldner des Mündels mit Ausnahme der Mutter und Großmutter[e]. Ist das Schuldverhältniß verschwiegen, so verliert der Gläubiger seine Forderung, der Schuldner kann während der Vormundschaft nicht befreit werden[f]. Entsteht das Schuldverhältniß zwischen Vormund und Mündel erst nach übernommener Vormundschaft, so soll jenem ein zweiter Vormund beigesellt werden[g].

[k] L. 1. §. 2. 3. L. 17. D. de tutel. 26. 1. L. 10. §. 8. L. 11. 12. pr. L. 40. pr. D. de excus. 27. 1. L. 3. Cod. qui dare tut. 5. 34. [l] L. 3. §. 12. D. de susp. tut. 26. 10. cf. §. 441. A. 1.

[a] L. 21. §. 2. D. de tut. dat. 26. 5. L. un. Cod. si contra matris voluntatem tutor datus sit 5. 47. [b] L. 3. §. 12. D. de susp. tut. 26. 10. L. 6. §. 17. D. de excus. 27. 1. [c] L. 21. §. 6. D. de tut. dat. 26. 5. [d] L. 2. Cod. qui dare tut. 5. 34. L. 14. D. de curat. fur. 27. 10. [e] Nov. 72. cap. 1. Nov. 94. cap. 1. [f] Nov. 72. cap. 4. cf. §. 277. not. c. [g] Nov. 72. cap. 2.

## B. Berufung zur Vormundschaft. Delation.

### §. 444.

Nach römischem Recht kann zur Tutel, nach heutigem Recht zu jeder Altersvormundschaft auf dreifache Weise Jemand berufen werden:

1) durch testamentarische Ernennung von Seiten des Vaters, durch dessen Tod der Mündel sui iuris geworden ist[a], *testamentaria* tutela[b]. Die Ernennung kann im Testament selbst oder in bestätigtem Codicill[c], auch unter Bedingung oder Zeitbestimmung[d], geschehen, aber nicht blos für einzelne Sachen oder Geschäfte[e]; der Ernannte muß eine individuell bestimmte Person[f] und fähig sein, zum Erben eingesetzt zu werden[g]. Eine ungültige testamentarische Ernennung kann indessen durch obrigkeitliche Bestätigung aufrecht erhalten werden[h]. Dies geschieht ohneweiters (sine inquisitione), wenn der Vater dem emancipirten Kinde einen Vormund ernannt hat[i] oder nur in der Form gefehlt worden ist[k]. Nur in Folge einer Untersuchung (ex inquisitione) soll es geschehen, wenn der Vater dem eingesetzten unehelichen Kinde[l], desgleichen wenn die Mutter ihrem eingesetzten Kinde oder wenn ein Anderer seinem Erben, der kein anderes Vermögen hat[m], einen Vormund ernannt hat;

2) durch Rechtssatz, daher *legitima* tutela[n], gesetzliche Vormundschaft[1]; wenn eine gültige testamentarische Ernennung nicht stattgefunden oder dieselbe völlig beseitigt worden ist[o], so werden die nächsten zur Vormundschaft fähigen gesetzlichen Erben des Mündels dazu berufen[p];

3) durch obrigkeitliche (richterliche) Ernennung[q], sog. tutela *dativa*; diese tritt ein, wenn weder testamentarisch noch gesetzlich ein Vormund berufen[r], oder der berufene von der Führung der Vormundschaft, wenn auch nur für eine gewisse Zeit, ausgeschlossen[s] oder entbunden[t],

[a] §. 3. 4. J. de tutel. 1. 13. cf. Inst. qui dari tutores testamento possunt. 1. 14. [b] Dig. de testamentaria tutela. 26. 2. Cod. 5. 28. [c] L. 3. pr. D. h. t. 26. 2. [d] §. 3. J. l. c. 1. 14. L. 8. §. 1..3. L. 11. pr. D. l. c. [e] §. 4. J. l. c. L. 12..15. D. l. c. [f] L. 20. pr. D. l. c. §. 27. i. f. J. de legat. 2. 20. [g] L. 21. D. l. c. [h] Dig. de confirmando tutore. 26. 3. Cod. 5 29. [i] §. 5. J. de tutel. 1. 13. L. 1. §. 2. D. h. t. 26. 3. [k] L. 1. §. 1. L. 3. D. l. c. L. 2. Cod. h. t. 5. 29. L. 29. D. de test. tut. 26. 2. [l] L. 7. pr. D. h. t. 26. 3. L. 4. Cod. eod. Nov. 89. cap. 14. [m] L. 4. 5. D. h. t. 26. 3. [n] Dig. de legitimis tutoribus. 26. 4. Cod. de legitima tutela. 5. 30. cf. Inst. de legitima agnatorum tutela. 1. 15. de legitima patronorum tutela. 1. 17. de legitima parentum tutela. 1. 18. de fiduciaria tutela. 1. 19. [o] L. 6. D. h. t. 26. 4. § 2. J. de legit. agnat. tut. 1. 15. L. 9. 10. pr. §. 3. L. 11. D. de test. tut. 26. 2. [p] Nov. 118. cap. 5. cf. not. n. [q] Dig. de tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. 26. 5. Inst. de Atiliano tutore vel (et) eo, qui ex lege Julia et Titia dabatur. 1. 20. [r] pr. J. h. t. 1. 20. [s] L. 17. D. de tutel. 26. 1. L. 10. §. 7. D. de excus. 27. 1. L. 9. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. L. 11. §. 2. D. de test. tut. 26. 2. cf. §. 442. not. i..l. [t] L. 11. §. 1. D. de test. tut. 26. 2. §. 5. J. de curat. 1. 23.

oder sonst die Wirksamkeit der Berufung noch ungewiß oder hinausgeschoben[u], oder nur einer von mehreren Vormündern zu ersetzen ist[v], oder sonst das Bedürfniß eintritt, für eine gewisse Zeit[w] oder für gewisse Geschäfte[x] anstatt des vorhandenen Vormundes einen andern zu bestellen[2].

Anm. [1] Nach altem Recht waren die nächsten Agnaten, wie gesetzliche Erben, so auch gesetzliche Tutoren (not. n.); durch Nov. 118. cap. 5. wurde beides gleichmäßig auf die Cognaten übertragen. Im ältern Recht kam aber, analog der gesetzlichen Tutel des Patronus, auch noch eine gesetzliche Tutel des emancipirenden Vaters (legitima parentis tutela) und [eine solche] seiner Söhne (fiduciaria tutela) über das emancipirte Kind vor (not. n.). Die Meisten halten beide für antiquirt durch Nov. 118. Rudorff I. S. 243 fg.; von Manchen werden sie noch als praktisch angesehen. Thibaut Civ. Abh. S. 285 fg. Vangerow §. 267. Ein scheinbarer Grund dafür ist dieser: der Mutter und Großmutter wird in Nov. 118. cap. 5. vor allen Seitenverwandten, also auch vor den mit ihnen in der Erbfolge concurrirenden Brüdern, der Vorzug gegeben; es scheint nicht annehmbar, daß der Vater bezüglich des emancipirten Kindes weniger Recht als jene haben sollte. Vgl. Windscheid §. 433. A. 20. 21., welcher überhaupt dem Vater und Großvater, nicht als Emancipator, sondern gleichwie der Mutter und Großmutter, Anspruch auf die Vormundschaft vor den Geschwistern gibt.

[2] Die Ernennung von Tutoren war in Rom durch eine lex Atilia dem praetor urbanus in Gemeinschaft mit der Mehrheit der Volkstribunen übertragen: daher *Atilianus tutor*. Kraft seines Amtes aber konnte der Prätor für einen Rechtstreit des Mündels mit seinem Tutor einen andern Tutor (praetorius tutor) ernennen, gegen die Regel: *tutorem habenti tutor non datur*, von welcher dann auch noch andere Ausnahmen gemacht wurden. Gai. I. 184. 185. Ulp. XI. 24. vgl. not. s. u. [Wlassak Krit. Studien S. 27 fg.] Freier war ohnehin die Ernennung von Curatoren, auch für einzelne Angelegenheiten, und diese war später so gewöhnlich als genügend, wo das Bedürfniß Bestellung eines Vormundes gegen jene Regel erfordert. §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. §. 5. J. de curat. 1. 23.

## §. 445.

Die übrigen Arten der Vormundschaft (Curatel, nach römischem Recht auch die über Minderjährige) werden regelmäßig durch die Obrigkeit bestellt[a]. Zwar gab es nach den zwölf Tafeln auch eine gesetzliche Curatel über Wahnsinnige und Verschwender[b]. Aber die letzte betraf nur denjenigen, welcher das durch gesetzliche Erbfolge ihm zugekommene väterliche Vermögen vergeudete[c], welche Beschränkung veranlaßte, daß später gewöhnlich obrigkeitliche Ernennung dafür eintrat[d], und bezüglich

[u] §. 1. J. h. t. 1. 20. L. 10. pr. L. 11. pr. D. l. c. L. 9. §. 2. D. de tut. act. 27. 3. cf. not. d.
[v] L. 11. §. 4. D. de test. tut. 26. 2. L. 4. Cod. in quibus causis (casibus) tutorem habenti tutor vel curator dari potest. 5. 36. [w] L. 1. pr. (L. 1.) Cod. eod. L. 7. Cod. de susp. (tut.) 5. 43. L. 2. D. de tut. dat. 26. 5. [x] §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. §. 5. 6. J. de curat. 1. 23. L. 26. §. 2. L. 27. pr. D. de test. tut. 26. 2. Cod. de in litem dando tutore vel curatore 5. 44.

[a] §. 1. 3. J. de curat. 1. 23. L. 12. D. de tut. et cur. dat. 26. 5. L. 1. 2. D. de cur. fur. 27. 10. L. 1. Cod. eod. 5. 70. [b] §. 3. J. cit. Ulp. XII. 2. 3. [c] Ulp. XII. 3. [d] L. 1. pr. D h. t. 27. 10.

beider geschah die wirkliche Berufung doch nur unter Mitwirkung der Obrigkeit[e], welcher auch die Cognition über das Bedürfniß derselben zustand[f]. Testamentarische Ernennung solcher Vormünder bedarf immer der Ergänzung durch obrigkeitliche Bestätigung, die aber bei Ernennung durch den Vater auch hier ohne Prüfung, in andern Fällen nur nach einer solchen erfolgt[g].

Anm. Nach den zwölf Tafeln stand die cura legitima ebenfalls den nächsten Agnaten zu, und so wird auch im Just. Recht noch der Agnat als legitimus curator furiosi (agnatus furiosi) in mehreren Stellen anerkannt. L. 12. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 13. eod. L. 65. D. de solut. 46. 3. L. 2. 5. 7. §. 6. in pr. Cod. de cur. fur. 5. 70. Nach Nov. 118. wird nun consequent ein solches vorzügliches Anrecht auf die Curatel den nächsten fähigen Cognaten einzuräumen sein. [S. jetzt Böhlau in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 370 fg. Voigt die XII Tafeln II. §. 163 fg. — Ueber das Entmündigungsverfahren nach der R.C.P.O. f. Mandry Reichsges. §. 3., 2. Aufl. S. 42 fg., vgl. oben §. 59. A. 3.]

## §. 446.

Die obervormundschaftliche Behörde soll von Amtswegen darauf Bedacht nehmen, dem vorliegenden Bedürfnisse der Bestellung einer Vormundschaft in angemessener Weise zu entsprechen[a]. Zugleich aber ist gewissen Personen zur Pflicht gemacht, der Obrigkeit von dem Falle des Bedürfnisses Kenntniß zu geben, und allenfalls eine zum Vormund taugliche Person in Vorschlag zu bringen, *petere* tutorem vel curatorem[b]. Verpflichtet dazu, und zwar innerhalb eines Jahres dieses Gesuch zu stellen, sind die nächsten Intestaterben des Mündels[c]; wegen schuldvoller Verabsäumung sollen sie von der Erbschaft des letzten ausgeschlossen werden, wenn derselbe, ohne die Fähigkeit zur Testamentserrichtung erlangt zu haben, gestorben ist[d]. Wo nur mit dem Willen des zu Bevormundenden die Vormundschaft angeordnet[e], oder erst durch obrigkeitliche Verfügung das Bedürfniß derselben festgestellt wird, kommen diese Vorschriften nicht zur Anwendung.

[e] L. 7. §. 6..6 c. (§. 6.) Cod. de cur. fur. 5. 70. cf. §. 3. J. cit. L. 13. D. l. c. 27. 10. [f] L. 6. D. l. c. cf. Pauli sentt. III. 4 a. §. 7. [g] L. 1. §. 3. L. 6. 11. D. de confirm. tut. 26. 3. L. 16. D. de cur. fur. 27. 10.

[a] R.P.O. Tit. 32. §. 1. L. 2. §. 2. cf. L. 4. pr. D. qui pet. tut. 26. 6. [b] Dig. qui petant tutores vel curatores et ubi petantur. 26. 6. Cod. qui petant tutores vel curatores 5. 31. ubi petantur tutores vel curatores. 5. 32. [c] L. 2. §. 1. 2. D. l. c. L. 2. §. 23..46. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 10. Cod. de legit. hered. 6. 58. [d] L. 10. Cod. cit. L. 3. 6. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. cf. L. 8. 11. Cod. qui pet. 5. 31. L. 2. §. 26. 27. 32..37. 43..46. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 2. Cod. si adv. del. 2. 34 (35). [e] L. 2. §. 29. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. cf. §. 2. J. de curat. 1. 23. L. 3. Cod. qui dare tut. 5. 34. cf. §. 4. J. l. c.

## §. 447.
## C. Pflicht zur Uebernahme der Vormundschaft.

Die Uebernahme einer rechtmäßig angetragenen Vormundschaft ist eine Last (munus publicum), der man sich nicht willkürlich entziehen kann[a]*. Nur die Mutter und Großmutter sind dazu berechtigt, ohne verpflichtet zu sein[b]. Es gibt jedoch eine Reihe von Gründen, *excusationes*, aus welchen Jemand die Uebernahme aller oder doch gewisser Vormundschaften ablehnen oder selbst von der schon übernommenen Vormundschaft entbunden zu werden verlangen kann[c]. Die Befreiung von Uebernahme der Vormundschaft muß nach erlangter Kunde von der Berufung zu derselben in gesetzlicher Frist bei dem competenten Gerichte geltend gemacht werden; widrigenfalls geht sie verloren. Diese Frist beträgt in jedem Falle wenigstens 50 Tage; demjenigen aber, welcher über 100 Miglien entfernt ist, werden 30 Tage und für je 20 Miglien ein Tag mehr, jedoch jedenfalls nicht weniger als 50 Tage gegeben[d]. Während der Verhandlung, die in vier Monaten beendigt sein soll[e], wird nöthigenfalls ein interimistischer Vormund bestellt[f]. Gegen das abweisende Erkenntniß kann Berufung eingelegt[g], auch innerhalb der gesetzlichen Frist noch ein weiterer Befreiungsgrund geltend gemacht werden[h]. Wird aber die nachgesuchte Befreiung endgültig abgewiesen oder auch hinterher als thatsächlich ungegründet erkannt[i], so wird sie als nicht vorgeschützt angesehen und der Vorschützende wegen des dem Mündel durch seine Zögerung entstandenen Nachtheils verantwortlich[k]. Der Uebernahme einer testamentarischen Vormundschaft kann sich, auch wenn er einen gesetzlichen Befreiungsgrund für sich hat, nicht mehr entziehen, wer ein Vermächtniß vom Testator angenommen[l] oder bei dessen Lebzeiten ihm versprochen hat, die Vormundschaft über seine Kinder zu übernehmen[m] (sog. tutela *pactitia*).

Anm. * [Darüber A. Pernice Ztschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Romanist. Abth. S. 25 fg.]

1 Die einzelnen Befreiungsgründe sind folgende:

a) Bekleidung eines obrigkeitlichen Amtes. §. 3. J. h. t. 1. 25. L. 6. §. 14. 16.

[a] pr. J. de excus. 1. 25. [b] Nov. 94. cap. 1. [c] Inst. de excusationibus tutorum vel curatorum. 1. 25. Dig. de excusationibus. 27. 1. Cod. de excusationibus et temporibus earum. 5. 62. cf. Vat. fragm. §. 123..247. Pauli sentt. II. 27..30. [d] §. 16. J. h. t. 1. 25. L. 13. D. h. t. 27. 1. cf. L. 1. §. 1. D. quando app. 49. 4. [e] L. 38. D. h. t. 27. 1. [f] L. 17. §. 1. D. de appell. 49. 1. [g] L. 3. 6. §. 1. (L. 6.) L. 15. Cod. h. t. 5. 62. [h] §. 16. J. h. t. L. 21. §. 1. D. h. t. [i] §. 20. J. h. t. Cod. si (tutor vel curator) falsis allegationibus excusatus sit. 5. 63. [k] L. 15. 22. Cod. h. t. 5. 62. L. 20. 39. §. 6. D. de adm. 26. 7. [l] L. 5. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. L. 32..34. D. h. t. 27. 1. [m] §. 9. J. h. t. L. 15. §. 1. D. h. t. cf. L. 29. in f. D. de test. tut. 26. 2.

L. 17. §. 4. 5. D. h. t. 27. 1. b) Verwaltung der Angelegenheiten des Regenten oder des Fiscus. §. 1. J. h. t. L. 22. §. 1. L. 41. pr. D. h. t. cf. L. 8. Cod. h. t. c) Aufnahme in das consistorium principis. L. 30. pr. D. eod. d) Abwesenheit im Dienste des Staates, bis zum Ablauf eines Jahres nach der Rückkehr. §. 2. J. h. t. L. 10. pr. §. 1 . . 3. D. h. t. L. 1. 2. Cod. si tutor reipublicae causa aberit. 5. 64. e) Ein geistliches Amt. L. 51 (52). Cod. de episcop. 1. 3. f) Ein öffentliches wissenschaftliches Lehramt oder Bestallung als Arzt. L. 6. §. 1 . . 12. D. h. t. §. 15. J. eod. g) Ehrenvolle Entlassung aus dem Kriegsdienste nach Ablauf der vollen Dienstzeit (von zwanzig Jahren), jedoch mit Beschränkung bezüglich der Kinder von Soldaten; frühere Entlassung, nach dem fünften Dienstjahre, gibt nur zeitweilige Befreiung. L. 8. D. h. t. cf. L. 1. 2. Cod. de excusationibus veteranorum. 5. 65. [vgl. §. 442. A. 1.] h) Mitgliedschaft einer Corporation, der ein solches Privilegium ertheilt ist, das sich jedoch im Zweifel nicht auf die Vormundschaft über Kinder anderer Mitglieder an demselben Wohnorte erstreckt. L. 17. §. 1 . . 3. L. 26. D. eod. cf. L. 41. §. 3. L. 42. eod. i) Die Zahl von 3, 4 oder 5 leiblichen Kindern (in Rom, Italien oder den Provinzen). pr. J. h. t. L. 2. §. 2 . . 8. L. 18. 36. §. 1. L. 37. D. eod. L. 1. 2. Cod. qui numero liberorum se excusant. 5. 66. k) Drei Vormundschaften in einem Hause (tria onera in una domo), sei es, daß sie der Vater selbst oder ein seiner Gewalt Unterworfener verwaltet, sofern nur jener dafür haftet, ungerechnet diejenigen, die man aus freiem Antrieb übernommen hat, oder die nur geringe Schwierigkeit haben, wogegen umgekehrt nach Umständen auch wohl eine einzige besonders schwierige genügt. §. 5. J. h. t. L. 2. §. ult. L. 3 . . 6. pr. L. 15. §. 15. 16. L. 31. D. eod. L. un. Cod. qui numero tutelarum. 5. 69. l) Armuth, wegen deren alle Thätigkeit für den eigenen Unterhalt in Anspruch genommen wird. §. 6. J. h. t. L. 7. 40. §. 1. D. eod. m) Krankheit, welche in Besorgung der eigenen Geschäfte dauernd hindert. §. 7. J. eod. L. 10. §. 8. L. 45. §. 4. D. eod. L. un. Cod qui morbo. 5. 68 (67). n) Unkunde im Lesen und Schreiben und überhaupt Mangel an Geschäftskenntniß, sofern diese der Führung der Vormundschaft hinderlich sein würden. §. 8. J. h. t. L. 6. §. ult. D. eod. o) Das Alter von 70 Jahren. §. 13. J. eod. L. 2. pr. §. 1. L. 15. §. 11. D. eod. L. un. Cod. qui aetate. 5. 67 (68). p) Verschiedenheit des Wohnorts. L. 46. §. 2. D. eod. Aus demselben Grunde kann der Vormund auch Befreiung von der Verwaltung solcher Güter, die in einer andern Provinz oder 100 Miglien von seinem Wohnort entfernt sind, begehren. L. 10. §. 4. L. 19. 21. §. 2. 3. D. eod. q) Ernennung durch den Vater aus Feindschaft. §. 9. J. h. t. L. 6. §. 17. D. eod. r) Erbschaftsstreit des Berufenen mit dem Mündel. §. 4. J. h. t. L. 21. pr. D. eod. Endlich kann s) der gewesene Tutor nach R. R. die Cura über dieselbe Person ablehnen. §. 18. J. h. t. L. 16. D. eod. L. 20. Cod. eod.

Von der letzten Bestimmung ist jedoch *heutzutage* nur mehr die Anwendung zu machen, daß der gewesene Altersvormund nach erreichter Volljährigkeit des Mündels nicht noch eine cura furiosi oder prodigi über denselben zu übernehmen braucht. Zweifelhaft ist auch die heutige Anwendbarkeit der Befreiungsgründe unter c. und g., weil sie mit römischen Einrichtungen zusammenhängen, und desjenigen unter i., welcher zu den dem heutigen Rechte fremden Begünstigungen der Kindererzeugung gehörte und jetzt nur mehr nach anderm Gesichtspunkte angemessen erscheint, insofern es nämlich unbillig ist, demjenigen, der noch für eine größere Zahl eigener Kinder zu sorgen hat, zudem die Vormundschaft über fremde aufzubürden. Entschieden unpraktisch sind einige andere besondere Befreiungsgründe, die noch im R. R. vorkommen. L. 6. §. 13. L. 8.

§. 12. L. 17. §. 1 .. 3. L. 26. 46. pr. §. 1. D. h. t. L. 24. Cod. h. t. 5. 62. L. 13. Cod. qui dare. 5. 34.

2 Von den angegebenen Befreiungsgründen können manche unter Umständen als sog. excusatio necessaria (§. 442. A.) die Bestellung zum Vormund hindern, z. B. die unter l. m. n., und so wohl in der Regel der unter r.

3 Auch von einer bereits übernommenen Vormundschaft entbinden die Befreiungsgründe unter 1. c. l. m., L. 11. §. 2. D. de minor. 4. 4. L. 10. i. f. L. 11. 40. D. h. t.; sodann auch 1. d., wenn der Vormund im Dienste des Staates über Meer geht; denn im andern Fall wird nur ein interimistischer Vormund bestellt. L. 11. §. 2. cit. cf. §. 2. J. h. t. L. 10. §. 2. D. h. t. Auch berechtigt dazu eine Veränderung des Domicils (1. p.) auf Befehl oder mit Erlaubniß des Regenten, im letzten Fall vorausgesetzt, daß dieser die Vormundschaft kannte. L. 12. §. 1. D. h. t. 27. 1.

## §. 448.

## D. Anstellung des Vormundes.

Nach reichsgesetzlicher Vorschrift[a] soll jeder Vormund durch das obervormundschaftliche Gericht [s. jedoch die Anmkg.] in die Verwaltung der Vormundschaft förmlich eingesetzt werden. Es geschieht durch ein gerichtliches Decret, das sog. **Tutorium** oder **Curatorium**, welches dem Vormunde zu seiner Legitimation zugefertigt wird. Dieser soll aber zuvor Bürgschaft stellen und den Vormundschaftseid ablegen[b], auch sofort beim Antritt der Vormundschaft ein Vermögensverzeichniß (Inventarium) errichten[c]. Die Pflicht und Verantwortlichkeit des Vormundes beginnt übrigens, sobald er von seiner Berufung zur Vormundschaft (bei obrigkeitlicher Bestellung, durch amtliche Bekanntmachung des Ernennungsdecrets) Kenntniß erhalten hat[d]. Er muß alsdann die obrigkeitliche Anstellung zur Verwaltung selbst betreiben, auch im Nothfall schon vorher Unaufschiebliches besorgen[e], und haftet wegen des durch verschuldete Zögerung dem Mündel verursachten Nachtheils[f].

Anm. Die R.P.O. verordnet (§. 2.): daß „ein jeglicher Vormünder, er sei gleich in Testaments Weis' verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschafft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen“. (§. 3.) „Item, daß er nach befohlener Verwaltung, von allen Gütern, liegend und fahrend, Schuldenbrieff und Registern, ein Inventarium auffrichte, und rechtmäßige gnugsame Caution und Versicherung thue, auch mit Gelübden und Eyden beladen werde, daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und erbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen, und verwahren, die Güter

[a] R.P.O. Tit. 32. §. 2. [b] R.P.O. Tit. 32. §. 3. cf. Inst. de satisdatione tutorum vel curatorum. 1. 24 Dig. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. 46. 6. Cod. de tutore vel curatore, qui satis non dedit. 5. 42. Nov. 72. cap. 8. [c] R.P.O. l. c. L. 7. pr. D. de adm. 26. 7. L. 13. §. 2. 3. (§. 1.) Cod. arb. tut. 5. 51. [d] L. 1. §. 1. L. 5. §. 10. L. 6. D. de adm. 26. 7. L. 5. Cod. de periculo tut. 5. 38. [e] L. 7. pr. §. 1. D. de adm. 26. 7. [f] L. 13. §. 1. D. de excus. 27. 1. Cod. si tut. non gess. 5. 55. cf. §. 447. not. k.

nicht in seinen eigenen Nutzen kehren oder wenden, noch dieselbigen ohn' Vorwissen, Erkantnuß und Decret der Obrigkeit veräußern, verpfänden oder beschwehren, und jährlich nit allein auf Erforderung der Obrigkeit, sonder auch selbst, vermög seines anbefohlenen Ampts, auch geleister Pflicht und Eyds gebührlich Rechenschafft anbieten und thun, umb seine Verwaltung Rede und Antwort geben, und alles anders handlen, das einem getreuen Vormünder eignet und zustehet, alles bei Vermeidung der Straff gemeiner Recht" u. s. w. Die hiernach erforderliche Anstellung des Vormunds pflegt man *confirmatio germanica* zu nennen. [Daß unter der in dieser Stelle erwähnten „Obrigkeit" nicht das Gericht, sondern die politische Behörde gemeint und demnach das im Eingang von §. 448. Gesagte zwar für die spätere Zeit, nicht aber für die R.P.O. richtig sei, zeigt Roth Bayr. Civilr. I. §. 92., bes. bei und in Note 18.] — Im R. R. findet sich Vereidigung des Vormundes zuerst bei der cura furiosi (L. 7. §. 5. 6. b. c. (§. 5. 6.) Cod. de cur. fur. 5. 70.), sodann auch bei Altersvormundschaften (Nov. 72. cap. 8. cf. ib. cap. 2. Nov. 155. praef.). Cautionsleistung ist im R. R. auch noch nicht allgemein vorgeschrieben, namentlich bei testamentarischer Vormundschaft nicht erforderlich (vgl. not. b. Rudorff II. S. 213 fg.). In der neuern Praxis wird übrigens auch die positive allgemeine Vorschrift der R.P.O. in dieser Beziehung häufig nicht befolgt, und dem Vormunde blos der Eid oder auch nur ein Handgelöbniß abgenommen. Rudorff II. S. 231. Sintenis III. §. 148. A. 13. Seuffert §. 499.

## III. Endigung der Vormundschaft[a].

### §. 449.

Eine Vormundschaft hört völlig auf, wenn das Bedürfniß derselben wegfällt. Sie endigt daher 1) durch den Tod des Mündels, 2) durch dessen Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, 3) die Altersvormundschaft insbesondere durch die Volljährigkeit des Mündels, 4) die Curatel über einen Wahnsinnigen durch dessen Genesung, 5) die über einen Verschwender durch dessen Besserung, in Folge deren er durch obervormundschaftliches Decret wieder für fähig der eigenen Verwaltung seines Vermögens erklärt wird, 6) die Vormundschaft über andere hülfsbedürftige Personen, wenn ihre Hülfsbedürftigkeit aufhört, weshalb sie selbst die Aufhebung der Vormundschaft betreiben können, endlich 7) die für eine einzelne Angelegenheit angeordnete Vormundschaft durch vollständige Erledigung des Geschäfts, welches dem Vormunde oblag.

Anm. Nach R. R. hörte die Tutel über Unmündige mit der Mündigkeit auf; heutzutage dauert die Vormundschaft fort bis zur Volljährigkeit oder (was ihr gleichsteht) Volljährigkeitserklärung (§. 36. not. c.). Nach R. R. endigt auch die cura prodigi wie die cura furiosi ipso iure, wenn der Mündel sanae mentis wird. L. 1. pr. D. de cur. fur. 27. 10. Jedoch tritt die letzte sofort wieder in Wirksamkeit, wenn

[a] Inst. quibus modis tutela finitur. 1. 22. Cod. quando curatores vel tutores esse desinant. 5. 60.

der Mündel wieder in Wahnsinn verfällt. L. 6. Cod. de cur. fur. 5. 70. Nach heutigem Recht wird bei Verschwendern immer eine obrigkeitliche Aufhebung des Decrets, das sie unter Vormundschaft setzte, erfordert, und auch bei Wahnsinnigen ist es gewöhnlich, nach vorgängiger richterlicher Untersuchung die Vormundschaft förmlich für beendigt zu erklären und dieses öffentlich bekannt zu machen. Vgl. Preuß. Landr. II. 18. §. 815..817. 856..859. Code Nap. art. 512. Diese Gesetzgebungen legen aber auch bis dahin dem Wahnsinnigen selbst in lichten Zwischenräumen, abweichend vom R. R., keine Dispositionsfähigkeit bei. §. 59. A. 8. [Ueber die Aufhebung der Entmündigung nach der R.C.P.O. s. Mandry Reichsges. §. 3. Z. 6.]

## §. 450.

Eine Vormundschaft kann blos in der Person des Vormundes beendigt werden, ohne daß der Mündel deshalb vormundschaftsfrei wird: 1) durch den Tod[1] des Vormundes[a], 2) durch eintretende Unfähigkeit desselben[b], 3) durch Eintritt des Endtermins oder der Resolutivbedingung, unter welcher die Bestellung geschehen[c], sowie durch Wegfall der Veranlassung, aus welcher die Vormundschaft als interimistische bestellt worden[d], 4) durch ein obervormundschaftliches Decret, welches entweder a) dem Vormunde auf sein Verlangen aus einem dazu genügenden Grunde die Niederlegung der Vormundschaft gestattet[e], oder b) denselben ohne sein Verlangen von der Vormundschaft entfernt[f], sei es, weil er durch Untreue oder grobe Nachlässigkeit[2] des Amtes sich unwürdig gemacht hat[g] oder aus andern Gründen seine Beibehaltung fernerhin für das Interesse des Mündels bedenklich erscheint[h]. Auf solche Entfernung des Vormundes kann Jeder im Interesse des Mündels antragen (suspectum postulare oder accusare), auch Frauen, die ihm verwandt oder verschwägert sind, und der Minderjährige selbst nach Berathung mit seinen Angehörigen[i]. Das Verfahren kann aber auch von Amtswegen eingeleitet werden[k]. Während der Verhandlung darüber wird dem Vormunde die Verwaltung genommen und ein Interimsvormund bestellt[l]. Die Absetzung selbst erfolgt nach vorgängiger Prüfung durch richterliches Decret[m], gegen welches auch Berufung zulässig ist[n].

Anm. [1] Mit dem Tode hat nach R. R. die capitis deminutio maxima oder media gleiche Wirkung §. 4. J. h. t. 1. 22. Heutzutage kommt diese als solche

[a] §. 3. J. h. t. 1. 22. cf. L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. D. de fideiuss. et hered. tut. 27. 7. L. 27. D. de appellat. 49. 1. [b] cf. §. 442. [c] §. 2. 5. J. h. t. 1. 22. L. 14. §. 3. 5. D. de tutel. 26. 1. L. 9. §. 3. D. de tut. act. 27. 3. [d] L. 9. §. 2. D. l. c. [e] §. 447. A. 3. [f] Inst. de suspectis tutoribus et curatoribus. 1. 26. Dig. 26. 10. Cod. 5. 43. [g] §. 10..12. J. h. t. 1. 26. L. 3. §. 5. 13. 17. L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 10. L. 2. Cod. h. t. 5. 43. cf. L. 8. D. eod. [h] L. 3. §. 12. 18. D. eod. [i] L. 1. §. 6. 7. L. 7. pr. D. eod. §. 3. 4. J. eod. L. 6. Cod. eod. [k] L. 3. §. 4. D. eod. §. 7. J. eod. L. 7. Cod. eod. [m] §. 1. J. eod. L. 1. §. 3. 4. L. 4. §. 1..3. L. 10. D. eod. [n] L. 17. §. 1. L. 20. pr. D. de appell. 49. 1.

nicht mehr in Betracht (§. 28.); aber freilich wird in den Fällen, in welchen sie nach R. R. stattfand, jetzt doch in der Regel eine Entfernung des Vormundes erfolgen (nach not. h.). Die minima capitis deminutio des Vormundes bewirkte nur die Endigung der legitima agnatorum tutela. §. 4. J. cit. L. 5. §. 5. D. de legit. tut. 26. 4. L. 11. D. de tut. act. 27. 3. cf. L. 7. pr. D. de cap. min. 4. 5. Tutelas etiam non amittit capitis minutio, *exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferuntur.* Igitur testamento dati vel ex lege vel ex senatusconsulto erunt nihilominus tutores. Sed legitimae tutelae ex XII tabb. intervertuntur, eadem ratione, qua et hereditates exinde legitimae, quia agnatis deferuntur, qui desinunt esse familia mutati. Ex novis autem legibus et hereditates et tutelae plerumque sic deferuntur, ut personae naturaliter designentur, ut ecce deferunt hereditatem senatusconsulta matri et filio. Die cursiv gedruckten Worte erklärt man als Umschreibung von „Agnaten", nach dem Schol. ad Basil. XLVI. 2. cap. 4. (ed. Heimbach IV. pag. 555.) τουτέστι τοῖς διαμείνασιν ὑπεξουσίοις μέχρι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς. Vangerow §. 288. Andere ändern den Text, z. B. *quae i. a. p. p. def.* i. e. *quae iure agnationis proximis potissimum deferuntur* (Cuiac.), oder *quae in iure antiquo positis pers. def.* (Gothofred.); Haloander aber liest: *non deferuntur,* welche Lesart gut vertheidigt wird von Huschke im Rh. Mus. VII. S. 68 fg. „Andere (z. B. Mühlenbruch §. 587. Note 5.) haben darin den Satz gefunden, daß die einem Filiusfamilias übertragene Vormundschaft zwar nicht durch capitis deminutio überhaupt, denn diesem würde L. 11. cit. widersprechen, aber durch seinen Uebergang in eine andere väterliche Gewalt sich endige. Für diesen Satz würde sich zwar ein plausibler materieller Grund auffinden lassen, aber er kann nicht in jene Stelle ohne Gewalt gegen ihren Ausdruck und inneren Zusammenhang gelegt werden." Puchta §. 845. not. e.

[2] Der wegen Dolus (streitig ob auch wegen lata culpa?) abgesetzte Vormund wird nach R. R. infam, vorausgesetzt, daß der Grund im Decret angegeben ist. §. 6. J. h. t. 1. 26. L. 4. pr. §. 1. 2. D. h. t. L. 9. Cod. h. t. 5. 43. cf. §. 31. A. 1. zu f. [Ueber die accusatio suspecti vgl. noch Pernice Labeo II. S. 296 fg. Voigt Die XII Tafeln II. §. 113.]

## IV. Rechtsverhältnisse der Vormundschaft.

### §. 451.

### A. Sorge für die Person des Mündels.

Dem Vormunde liegt zunächst eine Fürsorge für die Person des Mündels ob, sofern es nach dessen Eigenschaft einer solchen bedarf. So namentlich bei der Vormundschaft über einen Geisteskranken, für dessen Beaufsichtigung und Unterhalt, nach Umständen auch Heilung, der Vormund besorgt sein und das Nothwendige aus dessen Vermögen hergeben muß, ohne aber selbst der persönlichen Pflege sich unterziehen zu müssen[a]. So auch bei der Altersvormundschaft: Der Vor-

[a] L. 7. pr. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 22. §. 8. D. sol. matr. 24. 3. L. 13. §. 1. L. 14. D. de off. praes. 1. 18.

mund hat das Recht, wie die Pflicht, in Beziehung auf Aufenthalt, Erziehung und Unterhalt des Mündels das Erforderliche vorzunehmen oder zu veranlassen. Zwar kann darüber die Obervormundschaft, von Amtswegen wie auf Antrag, etwa unter Zuziehung der Angehörigen des Mündels und mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Aeltern, Anordnungen treffen[b]. Auch hat vor allen die Mutter, wenngleich sie nicht Vormünderin ist, Anspruch auf Erziehung des Kindes, falls nicht besondere Gründe entgegen sind[c]. Aber der Vormund hat nicht nur, so viel an ihm ist, für den Vollzug solcher Anordnungen zu wirken, insbesondere die Unterhalts- und Erziehungskosten, deren Maß aber ebenfalls durch die Obervormundschaft festsetzen zu lassen für jenen selbst räthlich ist, aus dem Mündelvermögen zu bestreiten[d]; er wird auch verantwortlich, wenn durch seine Nachlässigkeit das Nöthige verabsäumt[e] oder den Verhältnissen Unangemessenes angeordnet wird[f]. Auch kann demselben die unmittelbare Pflege und Erziehung anvertraut werden[g], und heutzutage wird nächst der Mutter vorzugsweise dem Vormund auch der Beruf, die Erziehung des Mündels zu leiten, und selbst neben jener als deren Rath und Beistand sich derselben anzunehmen, beigelegt. Den persönlichen Rechtszustand des Mündels zu wahren und nöthigenfalls gerichtlich geltend zu machen, gehört ebenfalls zu den Obliegenheiten des Vormunds[h].

## §. 452.

### B. Mitwirkung bei Handlungen des Mündels.

Der Vormund kann als bloßer Beistand des Mündels thätig sein, indem er Handlungen desselben durch seine Zustimmung bekräftigt. Dies setzt natürlich voraus, daß der Mündel nicht überhaupt willensunfähig oder doch zu der fraglichen Handlung nicht schlechthin unfähig sei. So kann bei Kindern und Wahnsinnigen gar keine Rede davon sein[a]. Unmündige aber, die nicht mehr Infantes sind, und Minderjährige können solche Rechtsgeschäfte, die ihnen lediglich Vortheil bringen, sogar ohne den Vormund, und solche, wodurch sie sich verpflichten oder ein Recht aufgeben, unter Zustimmung desselben gültig vornehmen[b].

In dieser Beziehung besteht zwar nach **römischem** Recht ein wich-

[b] L. 1. 5. D. ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis ei praestandis. 27. 2. Cod. ubi pupilli educentur. 5. 49. [c] L. 1. Cod. l. c. Nov. 22. cap. 38. cf. §. 417. not. l. [d] L. 2..4. D. l. c. Cod. de alimentis pupillo praestandis. 5. 50. [e] L. 6. D. l. c. L. 1. Cod. l. c. cf. L. 3. §. 6. D. eod. L. 1. Cod. ubi pup. educ. 5. 49. [f] L. 2. §. 2. 3. D. l. c. [g] L. 1. Cod. cit. [h] L. 1. §. 1. (L. 1. i. f.) Cod. de alim. praest. 5. 50.

[a] L. 1. §. 12. 13. D. de O. et A. 44. 7. §. 59. not. a. b. [b] pr. J. de auctoritate tutorum. 1. 21. L. 1. Cod. de auct. 5. 59. § 59. not. e.

tiger Unterschied zwischen **Unmündigen** und mündigen Minderjährigen. Die ersten können nur unter **Auctoritas** des Tutors handeln[c]; diese aber muß unmittelbar bei der Handlung selbst als Ergänzung derselben von dem persönlich gegenwärtigen Tutor, mündlich, unbedingt, freiwillig erklärt werden[d], und zwar von einem Tutor, der bei dem fraglichen Rechtsgeschäft nicht selbst betheiligt[e] und in Ansehung des Gegenstandes desselben überhaupt zu handeln befugt ist[f], von allen Tutoren aber, wenn die Aufhebung der Vormundschaft selbst in Frage steht[g]. — Der **mündige** Minderjährige dagegen ist an sich handlungsfähig[h]; er bedarf nur in gewissen Fällen durchaus der **Beistimmung** eines Curators, namentlich bei Proceßführung[i], Bestellung einer Dos oder donatio propter nuptias[k], Arrogation[l], und zwar bei der letzten aller seiner Curatoren[m]; und wenn er einmal einen Curator hat, so kann er auch ohne dessen Beistimmung kein Rechtsgeschäft wirksam vornehmen, welches in das der Verwaltung desselben untergebene Vermögen eingreift[n]; aber die Zustimmung des Curators kann in jeder Weise, auch vorher oder nachher, erklärt werden.

Allein in der **heutigen** Praxis wird der formelle Unterschied zwischen der auctoritas tutoris und dem consensus curatoris nicht mehr beachtet und auch bezüglich der Minderjährigen, wie sie von Rechtswegen unter Vormundschaft stehen sollen, als Regel angenommen, daß sie ohne vormundschaftliche Zustimmung kein sie verpflichtendes oder sonst ihre Rechte schmälerndes Rechtsgeschäft gültig vornehmen können. Es ist auch in dieser Beziehung der wesentliche Unterschied zwischen der tutela impuberum und cura minorum verwischt worden[1]. Nur darin unterscheiden sich noch die mündigen Minderjährigen von den unmündigen, daß jene, nicht diese, fähig sind, ein Testament zu errichten, eine Ehe einzugehen und einen Eid zu leisten[2].

Rechtsgeschäfte des **Verschwenders**[3] sind, insofern sie sein Vermögen betreffen und nicht lediglich gewinnbringend sind, ebenfalls nur gültig, wenn sie der Vormund billigt[o]. Solche Personen dagegen, welche freiwillig unter Vormundschaft stehen und daher auch deren Aufhebung im Ganzen durch ihren Willen herbeiführen könnten, sind dadurch in

[c] L. 189. D. de R. J. pr. §. 1. J. l. c. §. 2. J. quib. al. lic. 2. 8. L. 5. pr. §. 1. L. 9. pr. §. 1..3. D. de auctoritate et consensu tutorum et curatorum. 26. 8. L. 1. 2. Cod. qui legit. pers. 3. 6. [d] L. 1. §. 1. L. 2. 3. L. 8. 9. §. 5. 6. L. 10. L. 14..17. D. h. t. 26. 8. §. 2. J. h. t. 1. 21. [e] L. 5. pr. L. 7. pr. §. 2. D. eod. §. 3. J. eod. cf. L. 3. §. 2. D. de tutel. 26. 1. [f] L. 4. 5. pr. L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 8. cf. L. 49. D. de acquir. hered. 29. 2. [g] L. 5. Cod. de auctoritate praestanda. 5. 59. [h] L. 101. 141. §. 2. D. de V. O. 45. 1. cf. §. 59. N. 6. [i] L. 2. Cod. qui legit. pers. 3. 6. L. 1. Cod. qui dare tut. 5. 34. [k] L. 28. Cod. de iure dot. 5. 12. [l] L. 8. D. de adopt. 1. 7. [m] L. 5. §. 3. (L. 5. in f.) Cod. de auct. praest. 5. 59. [n] L. 3. Cod. de in int. rest. min. 2. 21 (22). cf. L. 26. § 1. (L. 26.) Cod. de adm. 5. 37. [o] L. 6. D. de V. O. 45. 1. cf. §. 59. not. g.

ihrer Handlungsfähigkeit nicht beschränkt und können demnach sowohl ohne als mit Zustimmung des Vormundes gültig verfügen.

Anm. [1] Es ist noch immer eine sehr streitige Frage: a) ob schon nach R. R. Minderjährige, die unter ständiger Curatel stehen, sich nicht verpflichten können? wie u. a. Puchta §. 51. [not. d.], Mühlenbruch §. 591. [not. 5.], Sintenis III. §. 145. A. 1. S. 178. gegen die jetzt herrschende Meinung (vgl. z. B. Savigny verm. Schriften II. S. 384 fg. Vangerow §. 291. [A. 2.]) behaupten (§. 59. A. 6.); b) ob nicht wenigstens nach heutigem Rechte von Verpflichtungen der Minderjährigen, wenigstens soweit sie Einfluß auf ihr Vermögen haben, dasselbe gelte, wie von denen der Unmündigen? wie z. B. Savigny a. a. O. S. 392 fg. gegen Vangerow §. 291 a. E. u. a. annimmt. In der Praxis aber, die sich nicht darein finden konnte, daß derselbe Mündel zwar ein altes Kleid nicht gültig verkaufen, wohl aber Schulden in Masse contrahiren könne, war von jeher bezüglich beider Fragen die bejahende Meinung vorherrschend, und die ganze Entwickelung der deutschen Altersvormundschaft begründet wenigstens die Bejahung der zweiten Frage, womit auch die Particularrechte übereinstimmen. Kraut Vormundschaftsrecht II. S. 97 fg. Dollmann in d. Bl. f. Rechtsanwendung XIV. S. 97 fg. Heimbach XIII. S. 832 fg. Windscheid §. 71. A. 8. 9. Jhering in d. dogm. Jahrb. XII. S. 347..377. [Ubbelohde in d. Wiener Zeitschrift IV. 10. S. 696..721.]

[2] Wenn behauptet wird, daß auch die Eingehung einer Ehe und (promissorische) Eidesleistung ohne Zustimmung des Vormundes nicht gültig sei (Kraut II. S. 110., Dollmann S. 102., Heimbach S. 838 fg., vgl. aber Seuffert's Arch. XIII. 241. XV. 113.), so stimmt dies mit den Grundsätzen des kanonischen Rechts, das selbst den Mangel der väterlichen Einwilligung nicht als trennendes Ehehinderniß gelten läßt, entschieden nicht überein; es kann darnach nur zugegeben werden, daß der Minderjährige ohne vormundschaftliche Zustimmung nicht zur Trauung oder Eidesleistung zuzulassen sei. Vgl. §. 240. Richter Kirchenrecht 7. Aufl. §. 261 bei A. 7 fg. §. 272. 274. Philipps Kirchenrecht §. 292.

[3] [Vgl. nun die ausführliche Darstellung von Ubbelohde a. a. O. S. 671..696.]

## C. Verwaltung der Vormünder[a].

### §. 453.

#### 1) Im Allgemeinen.

Als Verwalter des Mündelvermögens hat der Vormund im Allgemeinen das Recht wie die Pflicht, überall die Rechte und den Vortheil des Mündels zu wahren, als ob es seine eigene Angelegenheit wäre[b]. Er haftet regelmäßig für Anwendung gleicher Sorgfalt, wie sie in eigenen Angelegenheiten ihm gewöhnlich ist[c], für jedes Verschulden aber, ohne

[a] Dig. de administratione et periculo tutorum et curatorum qui gesserint vel non et de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus. 26. 7. Cod. de administratione tutorum et curatorum et de pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 5. 37. de periculo tutorum et curatorum. 5. 38. si tutor (vel curator) non gesserit. 5. 55. [b] L. 27. D. h. t. 26. 7. cf. L. 157. pr. D. de R. J.
[c] L. 1. pr. D. de tut. act. 27. 3. L. 32. §. 6. L. 33. pr. D. h. t. 26. 7. Nov. 72. cap. 8. cf. L. 7. Cod. arb. tut. 5. 51. §. 250. not. i.

diese Beschränkung, wenn er zur Verwaltung sich zugedrängt hat[d]. Die erforderlichen Handlungen mag er als Vertreter des Mündels allein vornehmen oder diesen selbst dabei zuziehen[e]; immer ist er verantwortlich dafür, daß nichts verabsäumt werde, was die Wahrung der Interessen des Mündels erheischt[f].

## §. 454.

### 2) Erhaltung des Vermögens.

Vor allem liegt dem Vormund ob, für die Erhaltung des gegenwärtigen Vermögens des Mündels Sorge zu tragen. Zu diesem Zweck hat er z. B. das Nöthige zur Unterhaltung der Sachen anzuordnen[a], kostspielige oder dem Verderben ausgesetzte Sachen zu veräußern[b], drückende Schulden nach Möglichkeit bald zu bezahlen[c], schlechtstehende Forderungen beizutreiben[d]. Doch darf unter Umständen das Vermögen auch in seinem Capitalbestande angegriffen und verringert werden, um nothwendige Ausgaben, insbesondere für Unterhalt und Erziehung des Mündels, zu bestreiten[e].

## §. 455.

### 3) Vermehrung des Vermögens.

Der Vormund, obwohl nicht verpflichtet, eine besondere Erwerbthätigkeit für den Mündel zu entwickeln, deren Gefahr er auch zu tragen hätte[a], muß doch auf Vermehrung des Vermögens bedacht sein, soweit es eine gewöhnliche zweckmäßige Verwaltung mit sich bringt, wohin z. B. die Fortbetreibung eines Gewerbes, nöthigenfalls durch Geschäftsführer, gehören kann. Insbesondere soll er unverzinsliche Forderungen einziehen und verfügbares Geld des Mündels entweder[1] zum Ankauf von Grundstücken verwenden[b] oder verzinslich, aber sicher anlegen[c], wozu ihm ein sog. laxamentum temporis von 6 Monaten nach Antritt der Vormundschaft, von 2 Monaten bezüglich der später eingehenden Gelder, gewährt ist[2]. Nach Verlauf dieser Frist muß der Vormund landesübliche Zinsen vergüten, wenn er nicht die Unmöglichkeit sicherer Anlage des Geldes darthut[d], die höchsten Zinsen aber, sobald er Mündelgeld im eigenen Nutzen verwendet hat[e]. Auch gilt der Vormund als säumig,

[d] L. 54 (53). §. 3. D. de furt. 47. 2. [e] L. 1. §. 2..4. D. h. t. 26. 7. [f] L. 10. D. eod. L. 11. 17. D. de auct. tut. 26. 8.

[a] L. 22. §. 3. 4. Cod. h. t. 5. 37. [b] L. 7. §. 1. D. h. t. 26. 7. cf. L. 5. §. 9. eod. [c] L. 9. §. 5. eod. [d] L. 15. eod. cf. L. 35. 44. pr. L. 50. eod. [e] L. 3. §. 6. D. ubi pup. educ. 27. 2.

[a] L. 47. §. 6. cf. L. 58. pr. D. h. t. 26. 7. [b] L. 3. §. 2. L. 5. pr. L. 7. §. 3. D. h. t. 26. 7. L. 24. Cod. h. t. 5. 37. [c] L. 7. §. 3. L. 24. cit. [d] L. 7. §. 11. L. 15. D. eod. L. 3. Cod. de usuris pupillaribus. 5. 56. [e] L. 7. §. 10. 12. D. h. t. L. 1. Cod. l. c.

sobald er eigenes Geld vortheilhaft angelegt hat, das des Mündels nicht[f]. Natürlich darf der Vormund auch einen dargebotenen neuen Vermögenserwerb durch Schenkung, Vermächtniß oder Erbschaft dem Mündel nicht durch seine Nachlässigkeit entgehen lassen[g], ist aber andrerseits auch verantwortlich für den Nachtheil, den unvorsichtige Annahme einer bedenklichen Erbschaft nach sich zieht[h].

Anm. [1] Das R. R. weist den Vormund zunächst zum Ankauf von Grundstücken und erst, wenn dieser nicht thunlich ist, zu verzinslicher Anlage des Geldes an. „Dies ist aber (nach Puchta §. 349. not. e.) lediglich als eine wirthschaftliche, nicht als eine rechtliche Vorschrift zu betrachten; sie gilt nur, wenn die Umstände sie wirthschaftlich rechtfertigen."

[2] Nach Justinian's Vorschrift (in Nov. 72. cap. 6..8.) soll der Vormund zu verzinslicher Anlegung des Geldes nur dann verpflichtet sein, wenn die sonstigen Einkünfte zur Bestreitung der nothwendigen Ausgaben nicht ausreichen. In der heutigen Praxis wird darauf keine Rücksicht genommen.

## §. 456.

### 4) Veräußerungen.

Die Verwaltung begreift auch die Befugniß von Veräußerungen in sich[a]. Aber aus dem Mündelvermögen Schenkungen zu machen[b] oder sonst Freigebigkeit zu üben[c], dazu ist der Vormund nicht befugt, ausgenommen solche Gaben, welche der Anstand erfordert und der Mündel dereinst nicht ohne Unanständigkeit bestreiten könnte[d]. An sich selbst kann der Vormund nichts veräußern[e]; aber er soll auch, wie jeder Verwalter fremder Güter, und zwar nach römischem Recht bei Strafe des vierfachen Ersatzes, nicht auf Schleichwegen oder listiger Weise, z. B. durch unterschobene Personen, Güter des Mündels an sich bringen[f].

## §. 457.

Die vormundschaftliche Veräußerungsbefugniß ist jedoch sehr beschränkt durch eine besondere gesetzliche Vorschrift, wornach die Veräußerung einer Sache oder eines Rechts des Mündels in den meisten Fällen nicht anders stattfinden soll, als aus Anlaß eines dringenden Bedürfnisses und vermöge eines auf Grund vorgängiger Untersuchung dieses anerkennenden

[f] L. 13. §. 1. D. h. t. 26. 7. [g] L. 21. 26. Cod. h. t. 5. 37. L. 39. §. 3. D. h. t. L. 3. §. 17. D. de susp. tut. 26. 10. L. 67. §. 6. D. de ritu nupt. 23. 2. [h] L. 11. D. de bon. poss. 37. 1.

[a] L. 12. §. 1. D. h. t. 26. 7. L. 10. §. 1. L. 11. 12. D. de cur. fur. 27. 10. cf. Gai. II. 64. [b] L. 16. Cod. h. t. 5. 37. L. 22. D. h. t. 26. 7. [c] L. 17. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 12. eod. [d] L. 12. §. 3. L. 13. §. 2. D. h. t. 26. 7. L. 1. §. 2. 4..6. D. de tut. act. 27. 3. [e] L. 5. §. 2. 5. L. 6. D. de auct. tut. 26. 8. L. 34. §. 7. D. de contrah. emt. 18. 1. [f] L. 46. D. l. c. L. 5. Cod. de contrah. emt. 4. 38. L. 5. §. 3. 4. 6. D. de auct. tut. 26. 8.

und deshalb die Veräußerung billigenden obervormundschaftlichen Decrets[a]. Diese Vorschrift wurde zuerst durch eine Oratio des Severus in Beziehung auf Grundstücke (genauer praedia rustica und suburbana) der Pupillen aufgestellt[1]. Sie wurde aber nicht nur durch die Interpretation auf andere Vormundschaften[b] und auf dingliche Rechte an solchen Grundstücken[c], sondern durch spätere Gesetze auch auf alle erheblichen Vermögensgegenstände ausgedehnt[d], und sollen selbst Zahlungen der Schuldner nicht ohne obervormundschaftliches Decret zugelassen werden[e]. Nur geringfügige, unbrauchbare oder zur Aufbewahrung nicht geeignete Sachen[f], Früchte[g] und die Einnahme jährlicher nicht über zwei Jahre rückständiger Einkünfte[h] sind von der Beschränkung ausgenommen.

Das Decret soll der Veräußerung vorausgehen[i] und der Grund, warum sie gebilligt wird[2], angegeben sein[k]; auch ist es unwirksam, wenn es durch falsche Angaben erschlichen worden[l]. Die Veräußerung im weitesten Sinn dieses Wortes[m], gegen das Gesetz ist nichtig[n]. Der Mündel, wenn er nicht vorzieht, den Vormund in Anspruch zu nehmen[o], kann sein Recht geltend machen, als wäre die Veräußerung nicht geschehen[p], wobei dem Gegner der Beweis obliegt, daß sie vermöge Decrets geschehen sei[q], der Kläger aber die Mangelhaftigkeit des Decrets, wenn er solche behauptet, zu beweisen hat[r]. Der Beklagte hat jedoch eine Einrede, sofern auf seine Kosten der Kläger sich bereichern will[s], sodann wenn die Veräußerung von demselben eidlich bestärkt[t], oder nach erreichter Volljährigkeit genehmigt oder auch nur binnen 5 Jahren von da an nicht angefochten worden ist[u]. Uebrigens bezieht sich die ganze Vorschrift nur auf freiwillige Veräußerungen[v], und ist daher dem Vormunde auch gestattet, nöthigenfalls eine Proceßcaution mit Sachen des Mündels zu stellen[w]. Auch wird das obervormundschaftliche Decret ersetzt durch (nicht erschlichene) Erlaubniß des Regenten[x], sowie durch letztwillige An-

[a] Dig. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis. 27. 9. Cod. de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. 5. 71. [b] L. 8. §. 1. L. 10. 11. D. h. t. 27. 9. [c] L. 3. §. 4. 5. eod. [d] L. 22. Cod. de adm. 5. 37. (Constantin. a. p. Chr. 326.). [e] L. 25. 27. Cod. eod. (Justinian.) [§. 8. J. quib. alien. lic. 2. 8.] [f] L. 22. §. 6. 7. (L. 22. in f.) Cod. eod. L. 4. Cod. quando decreto opus non est. 5. 72. [g] L. 28. §. 5. Cod. de adm. 5. 37. [h] L. 27. Cod. eod. [i] L. 1. §. 2. D. h. t. 27. 9. [k] L. 5. §. 14. eod. [l] L. 5. §. 15. eod. L. 5. Cod. h. t. 5. 71. [m] L. 1. §. 4. L. 3. §. 5. L. 5. §. 2. 3. 8. L. 7. pr. D. eod. L. 4. 17. Cod. h. t. 5. 71. [n] L. 7. §. 3. D. eod. [o] L. 10. D. eod. [p] L. 5. §. 15. eod. cf. Cod. si quis ignorans rem minoris esse sine decreto comparav(er)it. 5. 73. [q] L. 13. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. [r] L. 1. §. 2. D. h. t. 27. 9. cf. L. 5. Cod. h. t. 5. 71. [s] L. 13. §. 1. D. eod. L. 10. 14. 16. Cod. eod. §. 2. J. quib. alien. lic. 2. 8. cf. L. 7. §. 5. 6. D. l. c. [t] Auth. *sacram. pub.* (§. 240.). [u] L. 2. 3. Cod. si maior factus sine decreto factam alienationem ratam habuerit. 5. 74. [v] L. 1. §. 2. L. 3. §. 1..3. L. 5. §. 4..6. L. 7. pr. §. 1. D. h. t. [w] L. 28. §. 3. Cod. de adm. 5. 37. [x] L. 2. Cod. quando decreto opus non est. 5. 72.

ordnung des Vaters oder auch eines andern Testators, von welchem die Sache dem Mündel zugekommen ist[1], und gestattet ist noch insbesondere, an der Sache, die mit dem Gelde eines andern Mündels angeschafft ist, zu dessen Gunsten für diese Schuld ein Pfandrecht ohne Decret zu bestellen[2].

Anm. [1] L. 1. D. h. t. 27. 9. Imperatoris Severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere. §. 1. Quae oratio in senatu recitata est, Tertullo et Clemente consulibus, idibus Juniis. §. 2. Et sunt verba eius huiusmodi: *Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. Quodsi forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt* [oder mit Mommsen: *quae soli sunt?*] *alienari obligarive debeant, manente pupillo actione, si postea potuerit probari, obreptum esse praetori. Si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, ius exsequetur, nihil novandum censeo.* Vgl. darüber Bachofen ausgewählte Lehren S. 119 . . 170. — Ueber das Erforderniß obervormundschaftlicher Genehmigung einer nicht durch die Theilungsklage des andern Miteigenthümers herbeigeführten Theilung gemeinschaftlichen Eigenthums: Arndts in der österr. Gerichtszeitung Jahrg. 1858. Nr. 147. (civ. Schr. I. 33). Seuffert's Arch. XIII. 149. XVI. 59.

[2] Nach der Oratio des Severus sollte die Veräußerung von praedia rustica und suburbana nur gestattet werden, wenn es zur Tilgung der Schulden nothwendig war. L. 1. §. 2. L. 5. §. 9. 10. 14. D. h. t. L. 12. Cod. h. t. 5. 71. Nach der späteren Ausdehnung des Gesetzes ließ sich diese enge Schranke nicht wohl festhalten, und die Praxis läßt daher bei beweglichen Sachen auch Gründe der Nützlichkeit gelten. Die Cognition war in Rom speciell dem praetor urbanus (nicht dem pr. tutelaris) übertragen; in den Provinzen hatte sie der praeses provinciae. L. 12. 13. Cod. h. t. 5. 71. Heutzutage steht sie dem competenten obervormundschaftlichen Gericht zu (§. 462.).

## §. 458.

### 5) Verwaltung mehrerer Vormünder.

Eine Vormundschaft kann gleichzeitig Mehreren übertragen sein, die alsdann Mitvormünder, contutores oder concuratores, heißen. Unter diesen kann einem oder mehreren die Verwaltung vorzugsweise übertragen sein; diese sind tutores *gerentes*[a]; die übrigen heißen *honorarii*, und haben nur eine Pflicht der Aufsicht auf jene, wegen deren Vernachlässigung sie allerdings auch verantwortlich werden können[b]. Wem die Verwaltung vorzugsweise zu übertragen sei, hat die Obervormundschaft zu bestimmen, nach Vernehmung der Vormünder mit

[1] L. 1. §. 2. L. ult. D. h. t. L. 1. 3. Cod. l. c. [2] L. 3. pr. D. h. t. 27. 9.

[a] L. 3. D. de adm. 26. 7. [b] L. 3. §. 2. D. l. c. cf. L. 14. §. 1. 6. D. de solut. 46. 3. L. 1. Cod. de peric. tut. 5. 38.

Rücksicht auf letztwillige Anordnungen des Vaters, und vor allem mit Rücksicht auf den Vortheil und die Sicherstellung des Mündels[c].

Mehreren kann die Verwaltung ungetheilt übertragen sein[d], so daß jeder vollständig die Verwaltung hat[e], mit vollständiger Haftung für dieselbe[f], aber auch mit dem Recht, den andern eine Verwaltungshandlung zu verbieten[g]. Die Verwaltung kann aber auch getheilt werden, tutela divisa, so daß jedem sein besonderer Verwaltungszweig angewiesen wird[h], sei es nach verschiedenartigen Geschäftszweigen (tutela divisa *per partes*), oder nach Verschiedenheit des Ortes (tutela divisa *per regiones*)[i]; alsdann ist jeder einzelne nur bezüglich seines Verwaltungszweiges als tutor gerens verantwortlich, bezüglich der Verwaltungszweige der andern nur als tutor honorarius, vorausgesetzt, daß die Theilung nicht blos durch Privatbestimmung der Vormünder geschehen ist[k], obwohl auch in diesem Falle zunächst der Handelnde selbst haftet[l]. Ein ganz verschiedener Fall ist es, wenn für denselben Mündel mehrere Vormundschaften angeordnet sind, z. B. wegen entfernter Güter[m], oder wenn ein besonderer Vormund für ein bestimmtes Geschäft bestellt wird, welches der ordentliche Vormund nicht vornehmen soll[n], oder wenn statt des letzten ein einstweiliger Vormund für die ganze Verwaltung bestellt ist[o]. Hier besteht keine Verbindung unter den verschiedenen Vormündern.

[Anm. Zu diesem §. vgl. Brinz 2. Aufl. II. S. 662 fg.]

### 6) Klagen wegen vormundschaftlicher Verwaltung.

### §. 459.

#### a) Zwischen Mündel und Vormund.

Aus der vormundschaftlichen Verwaltung ergeben sich zwei Hauptklagen: 1) die *actio tutelae directa*[a], welche nach Beendigung* der Vormundschaft[b] dem Mündel und dessen Erben zusteht gegen den Vormund oder dessen Erben[c], gerichtet auf gehörige Rechnungslegung [1] über die

[c] L. 3. §. 1. 3..8. D. de adm. 26. 7. §. 1. J. de satisd. tut. 1. 24. L. 17. 18. D. de test. tut. 26. 2. [d] L. 3. §. 8. D. de adm. 26. 7. [e] L. 24. §. 1. eod. [f] L. 55. pr. §. 3. eod. cf. L. 3. Cod. de dividenda tutela. 5. 52. L. 1. §. 10..14. D. de tut. act. 27. 3. [g] L. 7. §. 3. D. de cur. fur. 27. 10. cf. L. 1. Cod. si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel unus agere pro minore vel conveniri possunt. 5. 40. [h] Cod. de dividenda tutela et pro qua parte quisque tutorum conveniatur. 5. 52. [i] L. 3. §. 9. L. 4. 51. D. de adm. 26. 7. L. 2. Cod. si ex plur. 5. 40. [k] L. 2. Cod. de div. tut. 5. 52. L. 19. 41. 51. D. de adm. 26. 7. L. 1. §. 15. D. de tut. act. 27. 3. [l] L. 3. Cod. 5. 52. [m] L. 21. §. 2. D. de excus. 27. 1. [n] §. 3. J. de auct. tut. 1. 21. L. 1. 3. Cod. de in lit. dando tut. 5. 44. Nov. 72. cap. 2. (§. 444. A. 2.). [o] §. 1. J. de Atil. tut. 1. 20. §. 6. J. de curat. 1. 23.

[a] Dig. de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. 27. 3. Cod. arbitrium tutelae. 5. 51. [b] L. 4. pr. L. 9. §. 4. D. h. t. cf. L. 4. §. 3. L. 16. §. 1. eod. [c] L. 1. §. 16. 17. D. h. t. L. 12. Cod. h. t.

ganze Verwaltung[d], auf Herausgabe dessen, was der Vormund noch vom Vermögen des Mündels in Händen hat[e], auf Ersatz wegen der Nachtheile und Beschädigungen, für welche der Vormund nach §. 453. zu haften hat[f]. Die Klage kann, sofern ein Punkt unerledigt geblieben, auch mehrmals angestellt werden. Wegen Arglist oder grober Nachlässigkeit des Vormundes[2] wird der Kläger zum Schätzungseide zugelassen[g 2a]. Die Erben des Vormunds haften überhaupt nur wegen solchen Verschuldens ihres Erblassers, wenn nicht gegen diesen der Proceß schon begonnen war[h]; aber auch wegen eigenen groben Verschuldens, sofern sie noch der Verwaltung sich unterzogen oder von ihrem Erblasser angefangene Geschäfte zu vollenden verabsäumt haben[i];

2) die *actio tutelae contraria*[k], welche dem Vormund und dessen Erben gegen den Mündel und dessen Erben zusteht[l], auf Ersatz der zum Zwecke der vormundschaftlichen Verwaltung angemessener Weise gemachten Auslagen[m] und Befreiung von den dieserhalb eingegangenen Verbindlichkeiten[n], unter Umständen auch auf ein Salarium für seine Mühewaltung, als Entschädigung für den dadurch erlittenen Entgang an anderweitigem Verdienst[o].

Bei der Curatel finden diese Klagen als utiles actiones[3] Anwendung[p].

Anm. [* Darüber, daß im heutigen Recht diese Klage (auf Rechnungslegung und Ersatz vgl. oben §. 448. Anm.) schon während der Dauer der Vormundschaft zulässig ist, s. Kraut II. S. 157.]

1 Auch eine Verfügung des Vaters kann nicht bewirken, ut tutores anecloglsti sint. L. 5. §. 7. D. de adm. 26. 7.

2 Wenn der Vormund etwas von dem Vermögen des Mündels unterschlagen hat, so gibt ihm das R. R. noch eine besondere mit der tutelae actio bezüglich desselben Gegenstandes electiv concurrirende actio *de rationibus distrahendis* auf Ersatz des doppelten Werthes der unterschlagenen Sache, L. 1. §. 19 . . 24. L. 2. D. de tut. act. 27. 3., deren heutige Anwendbarkeit aber sehr bestritten ist. [Voigt die XII Tafeln II. §. 138.] Sintenis III. §. 150. A. 1. Windscheid §. 438. A. 8. [Brinz 2. Aufl. II. S. 659 fg. Strafe des untreuen Vormundes: R.Str.G. §. 266.]

[2a Vgl. aber jetzt oben §. 115. Anm. 5.]

3 In L. 11. D. de auct. 26. 8. wird tutelae curationisve iudicium entgegengesetzt. Andere Stellen (not. p.) sprechen bezüglich der Curatoren von negotiorum gestorum actio oder utile iudicium, worauf daher manche auch die Rubriken not.

d L. 1. §. 3. D. eod. L. 9. Cod. eod. e L. 5. D. eod. L. 1. §. 1. D. de fideiuss. tut. 27. 7. f L. 1. pr. D. h. t. 27. 3. L. 2. 7. Cod. eod. 5. 51. g L. 7. pr. D. de adm. 26. 7. Cod. de in litem iurando. 5. 53. h L. 1. Cod. de heredibus tutorum vel curatorum. 5. 54. L. 4. D. de mag. conv. 27. 8. L. 39. §. 6. D. de adm. 26. 7. i L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. 2. L. 8. D. de fideiuss. tut. 27. 7. cf. L. 13. 14. D. h. t. 27. 3. k Dig. de contraria tutelae et utili actione. 27. 4. Cod. de contrario iudicio tutelae. 5. 58. l L. 3. §. 9. L. 5. D. h. t. 27. 4. m L. 1. §. 4. . 6. L. 3. D. eod. L. 3. Cod. eod. n L. 6. D. eod. o L. 33. §. 3. D. de adm. 26. 7. p Cf. not. a. k. cf. L. 3. 4. §. 3. D. de tut. act. 27. 3. L. 3. §. 5. D. de neg. gest. 3. 5. L. 7. Cod. h. t. 5. 51.

a. k. deuten: Brinz 1. Aufl. S. 447. 457. vgl. Rudorff Vormundsch. III. §. 155. Dagegen heißt einmal (L. 3. Cod. h. t.) der Proceß gegen einen Curator auch geradezu tutelae iudicium, und die Analogie beider Klagen, auch im Gegensatze gegen die gewöhnliche negot. gest. actio (L. 20. Cod. de neg. gest. 2. 18 (19).) ist durchgreifend. Nur konnte die curationis actio auch perseverante cura angestellt werden, nicht die tutelae actio. L. 16. §. 1. D. h. t. 27. 3. Windscheid a. a. O. A. 1. 17. [Vgl. jetzt noch Wlassak z. Geschichte d. neg. gest. §. 7. 9. 10. Brinz a. a. O. S. 668 fg.]

## §. 460.

### b) Klagen gegen Nebenpersonen.

Außer dem Vormund können wegen der gegen ihn begründeten Ansprüche belangt werden 1) die Bürgen des Vormundes[a], und gleich diesen 2) diejenigen, welche vor Gericht bei desfallsiger Untersuchung die Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des Vormundes bezeugt haben, *affirmatores*[b]; nach diesen 3) diejenigen, welche den Vormund vorgeschlagen haben, sei es vermöge der Petitionspflicht (§. 446.), als *postulatores*[c], oder vermöge einer Amtspflicht, als *nominatores*[d], jedoch die Mutter nur, wenn von ihr die Haftung besonders übernommen und demzufolge im Ernennungsdecret ihr auferlegt ist[e]; 4) der Vater, in dessen Gewalt der Vormund steht, nach den Regeln des §. 247.[f], in solidum aber, wenn er sich irgendwie in die Verwaltung des Sohnes eingemischt hat[g].

## §. 461.

## V. Von Protutoren.

Wer, ohne Vormund zu sein, dieses wissend oder nicht, sich der vormundschaftlichen Verwaltung unterzieht, heißt insofern Protutor (auch falsus tutor). Er steht zum Mündel in einem gleichen obligatorischen Verhältniß, wie ein wahrer Vormund, und findet unter ihnen protutelae actio directa und contraria statt, analog der tutelae actio[a]. Aber der Protutor hat keine Verwaltungsbefugniß, wie ein wahrer Vormund, und ist insofern auch nicht in gleicher Weise, wie dieser, verantwortlich wegen Unterlassungen[b]. Natürlich kann der Nichtvormund auch nicht eine Handlung des Mündels durch seine Mitwirkung vollkräftig machen[c]. Dem Dritten aber, der, im Irrthum über die Eigenschaft des angeblichen Vormundes, dadurch benachtheiligt worden ist,

[a] L. 3. 5..7. D. de fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum et curatorum. 27. 7. L. 9..12. D. rem pup. salv. 46. 6. [b] L. 4. §. 3. D. de fideiuss. tut. 27. 7. [c] L. 2. D. l. c. cf. L. 2. §. 5. D. qui pet. 26. 6. [d] L. 4. 5. Cod. de mag. conv. 5. 75. cf. L. 1. § 5. 10. D. eod. 27. 8. [e] L. 1. 3. Cod. si mater indemnitatem promiserit. 5. 46. [f] L. 1. Cod. quod cum eo. 4. 26. cf. L. 6. 11. D. de tut. act. 27. 3. [g] L. 7. D. de tutel. 26. 1. cf. L. 21. D. de adm. 26. 7.

[a] Dig. de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. 27. 5. Cod. 5. 45. [b] L. 1. §. 9. D. l. c. L. 39. pr. §. 2. D. de adm. 26. 7. [c] Dig. quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. 27. 6. (§. 452).

wird nöthigenfalls Restitution ertheilt[d], und gegen denjenigen, welcher wissentlich als Nichtvormund seine Auctoritas interponirt hat, eine Schadensklage gegeben[e].

Anm. Bezüglich der Auctoritas eines Nichtvormunds enthielt das Edict zwei Bestimmungen:

1) L. 1. §. 1. D. h. t. 27. 6. Verba autem edicti haec sunt: *quod eo auctore,* inquit, *qui tutor non fuerit.* L. 1. §. 6. eod. Ait praetor: *si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.* Diese i. i. restitutio bezog sich vorzüglich, nach der Meinung Mancher ausschließlich, auf den Fall, wenn ein Kläger mit dem Mündel falso tutore auctore litem contestirt und dadurch seine Klage consumirt hatte, was nach Just. R. durch die Litiscontestation nicht mehr bewirkt wird. (§. 113. A. 3.). Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil. §. 68.

2) L. 7. pr. D. eod. Novissime praetor ait: *In eum, qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur.* Cf. L. 10. eod. Si falso tutore actum sit, et interea dies actionis exierit aut res usucapta sit, omnia incommoda perinde sustinere debet, ac si illo tempore vero tutore auctore egisset. Vgl. Rudorff Vormundschaft II. S. 295 fg. Brinz S. 1360 fg. [2. Aufl. II. S. 666 fg. Brinz unterscheidet zwischen Protutor und falsus tutor.]

## §. 462.
## VI. Von der Obervormundschaft.

Die Obervormundschaft steht regelmäßig dem ordentlichen Richter des Mündels zu, d. i. dem Gerichte des Wohnorts des Mündels oder dessen Vaters[a], unter Umständen, wo die Entfernung einer Gütermasse die Anordnung einer besondern Vormundschaft nöthig macht, dem des Ortes, wo diese belegen ist[b]. Der Obervormund aber hat 1) bei der **Bestellung** und Einsetzung des Vormundes mitzuwirken, dabei namentlich die Errichtung eines Vermögensverzeichnisses, Sicherheitsleistung und Ablegung des Vormundschaftseides zu besorgen und das Tutorium oder Curatorium auszustellen (§. 444..448.); 2) die **Führung** der Vormundschaft überhaupt zu überwachen, insbesondere bei Bestimmung des Aufenthalts und Unterhalts des Mündels mitzuwirken (§. 451.), Veräußerungen zu bewilligen (§. 457.), und nach Vorschrift der R.P.O. den Vormund zu jährlicher Rechnungslegung anzuhalten (§. 448. A.); 3) wegen **Endigung** der Vormundschaft nöthigenfalls einzuschreiten (§. 449. 450.), nach derselben die Schlußrechnung zu prüfen[c], und alsdann den Vormund seiner Haftung zu entledigen (zu dechar-

[d] L. 1. §. 6. L. 2. D. l. c. [e] L. 7..9. L. 11. D. eod.
[a] L. un. Cod. ubi pet. tut. 5. 32. cf. L. 5. §. 12. D. de reb. eor. 27. 9. R.P.O. Tit. 32. §. 1. 2.
[b] L. 27. pr. D. de tut. dat. 26. 5. [c] L. 1. Cod. ubi agi oportet de ratiociniis tam privatis quam publicis. 3. 21.

giren); er ist auch competent zur Entscheidung des darüber entstehenden Rechtsstreites[d].

Wegen schuldvoller Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten, deren Erfüllung von ihm zu beweisen ist[e], ist der Obervormund dem Mündel verantwortlich, und kann deßhalb mit einer subsidiären tutelae actio belangt werden[f], sofern der Mündel von dem Vormunde selbst und den unmittelbar für diesen haftenden Personen Ersatz nicht erlangen kann[g]. Nach römischem Recht freilich findet diese Klage nur gegen niedere Behörden (magistratus minores) statt[h], und nur dann, wenn diese schuldvoller Weise gar keinen oder einen untüchtigen Vormund bestellt oder nicht pflichtmäßig für Sicherheitsleistung gesorgt haben[i], aus welchem letzten Grunde auch ein Mitvormund klagen kann[k]: nach heutigem Recht aber haftet jeder Obervormund für die Folgen jeder Verletzung seiner Pflichten. Ist die obervormundschaftliche Behörde ein Collegium, so haftet zunächst das mit der fraglichen Angelegenheit besonders beauftragte Mitglied, eventuell auch die übrigen; auch von Mehreren, wenn sie nicht eines Dolus schuldig sind, jeder zunächst nur für seinen Antheil, eventuell für's Ganze[l]. Die Erben haften auch hier nur wegen Dolus und grober Nachlässigkeit des Erblassers[m].

Anm. [Ueber die Haftung der Obervormundschaft im R. R. vgl. Windscheid §. 445. bes. A. 3.; Pernice Labeo II. S. 295 fg.]

[d] L. 1. Cod. cit. L. 19. §. 1. D. de iud. 5. 1. [e] L. 1. §. 13. D. de magistratibus conveniendis. 27. 8. [f] L. 1. 9. D. l. c. Cod. de magistratibus conveniendis. 5. 75. [g] L. 1. 3. 5. Cod. l. c. [h] L. 1. pr. §. 1. D. l. c. 27. 8. §. 4. J. de satisdat. 1. 24. [i] §. 2. J. l. c. L. 1. §. 2. 5. 6. . 13. L 8. D. l. c. L. 1. 5. 6. Cod. l. c. [k] L. 2. 3. D. eod. [l] L. 7. 8. D. eod. cf. §. 215. not. d. [m] L. 4. 6. D. eod. L. 2 Cod. eod.

# Fünftes Buch.

## Von der Erbschaft.

---

### §. 463.

Wenn das Subject eines Vermögens durch den Tod wegfällt, so werden, durch den Willen des Verstorbenen oder durch Rechtsatz, andere Personen berufen, unmittelbar in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse desselben einzutreten. Diese Nachfolge heißt Erbfolge oder Erbschaft im eigentlichen und vorzüglichen Sinn, der Nachfolger Erbe, der Verstorbene sein Erblasser, das Recht des Erben Erbrecht im subjectiven Sinn; den Inbegriff der darauf bezüglichen Rechtsätze nennt man Erbrecht im objectiven Sinn. Der Erblasser kann aber auch andern Personen, nicht als Erben, Vermögensvortheile auf Kosten seiner Erbschaft zuwenden, d. h. ihnen Vermächtnisse hinterlassen, die, wenn sie auf das Vermögen als Gesammtheit gerichtet sind, mittelbar auch wieder ein der Erbfolge analoges Verhältniß begründen können (mittelbare oder indirecte Erbfolge). Diese Lehre von den Vermächtnissen muß sich der von der eigentlichen Erbfolge (Cap. I.), womit sie in engem Zusammenhange steht, anschließen (Cap. II.). Ein drittes Capitel wird aber noch insbesondere der sowohl die Vermächtnisse als die Erbfolge betreffenden Darstellung derjenigen Ansprüche gewidmet sein, welche gewissen Personen selbst gegen den Willen des Erblassers zustehen, dem Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, und zuletzt (Cap. IV.) soll dann noch von dem rechtlichen Schicksal erbloser Güter und einigen andern der Erbfolge analogen Fällen die Rede sein.

Anm. Besondere Bearbeitungen des Erbrechts sind: Hartitzsch (nach Haubold) das Erbrecht nach röm. und heutigen Rechten. 1827. Hunger das R. Erbrecht. 1834.

Mayer d. L. v. dem Erbrecht nach heut. R. R. Thl. I. 1840. Vering Römisches Erbrecht in hist. u. dogm. Entwickelung. 1861. (vgl. Haimerl's Vjschr. VIII. Lit. S. 59 fg.). Köppen System des heut. röm. Erbr. 1. u. 2. Lieferung. 1862. 1864. Schirmer Handbuch des röm. Erbrechtes. 1. Thl. 1863. Tewes System des Erbr. nach heut. R. R. Thl. 1. 2. 1863. 1864. (vgl. Haimerl's Vjschr. XIII. Lit. S. 32 fg. krit. Vjschr. VI. S. 427 fg. Warnkönig in Schletter's Jahrbuch XI. S. 16 fg.) 2. Aufl. 1870. [A. Rivier Traité élémentaire des successions à cause de mort en droit romain. 1878. Lehrbuch und Chrestomathie. Weitere Lit.-Nachweisungen daselbst p. XVI. sv. (vgl. Schirmer in der krit. Vjschr. XXII. S. 439 fg.)] Neueste Darstellungen: von Windscheid Pand. Bd. III. §. 527 .. 678. (1870.) [4. Aufl. 1878., 5. Aufl. 1879.] Baron Pand. §. 387 .. 460. (1872.) [2. Aufl. 1876., 4. Aufl. 1882.] Vgl. Vangerow Pand. Bd. II. §. 398 .. 565. (7. Aufl. 1867.) Brinz Pand. Buch 3. Abschn. 2. §. 130 .. 225. S. 651 .. 975. (1860.) Die zerstreuten erbrechtlichen Abhandlungen des Verf. dieses Lehrbuchs, nach dessen Ordnung zusammengestellt, bilden den Inhalt des zweiten Bandes von Arndts' gesammelten civilist. Schriften (1873.) [Vorwiegend historischen Inhaltes sind Ed. Hölder's Beiträge z. Gesch. d. Röm. Erbrechtes. 1881.] — In den Quellen kommt das Erbrecht vor a) im Institutionensystem unter den acquisitiones per universitatem. lib. 2. tit. 10 .. 25. lib. 3. tit. 1 .. 9. b) in den Digesten lib. 28 .. 38. cf. lib. 5. tit. 2 .. 6. (vgl. zu lib. 28 .. 30. Glück's Erläutr. d. Pand., fortgesetzt von Mühlenbruch, Fein, Arndts [Thl. 33. S. 311 fg.] Thl. 34 .. 48., ferner von Leist zu lib. 37 .. 38. [5 Theile.]). c) im Codex lib. 6. tit. 9 .. 59. cf. lib. 3. tit. 28 .. 31. d) Nov. 115. 118. 127. — Als auf das Erbrecht bezügliche Werke besonderer Tendenz sind zu nennen: Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung oder das röm. Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. 4 Bde. 1824 .. 1835. [Der 2. Bd. enthält das römische Erbrecht.] Dalwigk Versuch einer philosophisch-jurist. Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des R. Rts., neuer Gesetzgebung und mehrer Landesstatuten, mit Gesetzesvorschlägen. 3 Bdchen. 1820 .. 1822. [F. Mommsen Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht. 1876.] Lassalle das Wesen des röm. und german. Erbrechts in historisch-philosoph. Entwicklung. 1861. [2. Theil des Systems der erworbenen Rechte. 2. Aufl. 1880.]. (vgl. [Prantl i. d.] krit. Vjschr. IV. S. 458 fg.) — Particularrechtliche Bearbeitungen mit Rücksicht auf das gemeine Erbrecht: Unger das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt. 1864. 2. Aufl. 1871. [Pfaff u. Hofmann Commentar zum österreich..... Gb. II. Bd. 1877 ff. dazu Excurse 1878 ff.] Gruchot Preußisches Erbrecht, in Glossen zum allgem. Landrecht auf röm. und germ. Grundlage, unter Berücksichtigung d. neueren Gesetzgebungen dargestellt. 3 Bde. 1865 .. 1867. Dernburg Lehrb. d. Preuß. Privatrechts. III. Bd. (1880.) §. 90 .. 245., S. 255 .. 687. Roth Bayerisches Civilrecht, dritter Theil (1875), 4. Buch. §. 295 .. 397., S. 194 bis 851.

---

# Erstes Capitel.

## Von der Erbfolge im eigentlichen Sinn.

### I. Wesen und Voraussetzungen der Erbfolge.

### A. Begriff und Umfang der Erbfolge.

§. 464.

Die Erbfolge besteht ihrem Wesen nach darin, daß Jemand in die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Verhältnisse, Verbindlichkeiten wie Rechte, des Verstorbenen unmittelbar eintritt, nunmehr also in den Vermögensbeziehungen, in welchen früher der Erblasser stand, dieselbe rechtliche Stellung einnimmt, wie dieser sie inne hatte, dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit gleichsam fortsetzt [1]. Dieses Verhältniß, wo es nach Civilrecht begründet ist, heißt Hereditas [2]; derjenige, welcher in solcher Weise die Stelle des Verstorbenen einnimmt und diesen somit in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse repräsentirt, heißt Heres [3]. Einzelne wirkliche Vermögensrechte und Verbindlichkeiten kommen dabei unmittelbar nicht in Betracht, so wenig wie das Vorhandensein eines wirklichen Vermögens in dem Sinne, wie es durch einen Ueberschuß des Gesammtwerthes der Vermögensrechte über die Schulden (der Activa über die Passiva) sich herausstellt [4]; aber alle einzelnen Vermögensverhältnisse des Verstorbenen sind nun durch die Erbfolge solche des Erben in gleicher Weise und Wirkung, wie sie in der Person des ersten bestanden oder, wenn er noch lebte, bestehen würden [5], und zwar eben deßwegen, weil er überhaupt in die Stelle des Erblassers als bisherigen Subjects des ganzen Vermögens eingetreten [6], nicht als ob ein Veräußerungsgeschäft den Uebergang der Rechte vermittelt hätte [7]. Auf andere als vermögensrechtliche Verhältnisse bezieht sich die Erbfolge nicht [8]; aber auch auf diese nur insofern, als sie nicht ihrer besondern Natur nach durch den Tod des Subjects erlöschen [9]. Uebrigens ist es mit dem Wesen der Erbfolge wohl vereinbar, daß jene Repräsentation des Verstorbenen nicht Einem ungetheilt, sondern Mehreren zusammen, zu gleichen oder ungleichen Theilen, als Miterben (coheredes) zukomme [10].

Anm. 1 Die Idee des Uebergangs der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Verstorbenen auf den Erben, eine zeitlang sehr beliebt (vgl. Unger System I. S. 218. 354 fg.), von Puchta [§. 446. 447.] und neuestens noch von Neuner Rechtsverh. S. 90 fg. künstlich zugespitzt, ist jetzt vielfach angefochten, auch von Unger Erbr. §. 2.

A. 7., vgl. Windscheid §. 528. a. E. §. 531. A. 12. Gruchot I. S. 11..16. Mir scheint jedoch der Ausdruck des Textes noch immer wohl passend und der römischen Anschauung entsprechend [s. Neuner die hered. instit. ex re certa, §. 1. u. §. 4., bes. S. 28..31.], jedenfalls passender als der von Unger beifällig aufgenommene Ausdruck Keller's Pand. §. 456: („die normale Art, wie einem Verstorbenen per universitatem succedirt, seine ökonomische Persönlichkeit ersetzt und gleichsam fortgesetzt wird, ist die hereditas"). Vgl. auch Keller §. 583: „Die Erbschaft... bildet zunächst eine Masse von Vermögensverhältnissen, welche ihr Subject verloren haben, .. welche aber in ihrer Gesammtheit auf ein neues Subject warten, und zwar auf ein solches, welches, ein Mal gegeben, als bloße Fortsetzung des gewesenen Subjectes gelten soll". [Erbfolge, als Rechtsnachfolge, ist Nachfolge in das Recht am Vermögen (dominium hereditatis), in die souveraineté de ce patrimoine (Rivier p. 5); die Einheit dieses Rechtes ist nicht durch die Einheit des Vermögens, sondern diese ist durch jene gegeben. Pfaff und Hofmann S. 6 ff. Durch das dort bei und in N. 81 Gesagte ist auch die Einwendung Randa's Erwerb d. Erbschaft S. 105 N.**, erledigt. — Vgl. noch Birkmeyer über das Vermögen im jur. Sinne. 1879. S. 27 fg. 79 fg. 309 fg.]

[2] L. 24. D. de V. S. L. 62. D. de R. J. „Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuit" (in L. 62. cit. „habuerit"), nämlich „ipsum ius successionis" oder „hereditatis" nach L. 1. §. 1. D. de div. rer. 1. 8. §. 2. J. de reb. incorp. 2. 2. Cf. L. 208. D. de V. S. „Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat", oder nach L. 3. pr. D. de b. p. 37. 1. „universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum." Unzulässig ist es mit Köppen Erbsch. S. 91 fg. und in den dogmat. Jahrb. V. S. 127 fg. 183 fg. Erbr. I. S. 250 fg. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 655. 658. nach Theophil. II. 2. §. 2. das „ius successionis" als „ius succedendi" (kein quellenmäßiger Ausdruck) in dem Sinne zu verstehen, daß es das Recht, die angetragene Erbschaft anzutreten, die rechtliche Möglichkeit, Erbe zu werden, bedeute; darnach würde die legitima hereditas der sui heredes (§. 472. 511.) nicht hereditas sein. Schirmer Erbr. I. S. 8. Unger System I. a. a. O. u. Erbr. §. 2. A. 11. (vgl. das. §. 6. A. 2.). Windscheid §. 528. A. 4. §. 605. A. 9 fg. — Hereditas in sog. objectiver Bedeutung: Cic. top. cap. 6. §. 29. „pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit"; L. 5. pr. D. de hered. pet. 5. 3. §. 20. J. de act. 4. 6.; L. 49 (48). pr. D. de hered. inst. 28. 5. „hereditatis dominus"; — gleichbedeutend mit familia: L. 2. pr. D. familiae erciscundae. 10. 2. L. 195. §. 1. D. de V. S. — Vgl. überhaupt Arndts Beitr. S. 16..18., im Rtslex. IV. S. 1 fg. (civ. Schr. II. S. 1 fg. 325 fg.), Unger Erbr. §. 2. A. 2..6. 10..14. [Voigt die XII Tafeln II. §. 105.]

[3] Vgl. Arndts „Heres" im Rtslex. V. S. 238 (civ. Schr. II. S. 28 fg.).

[4] L. 50. pr. D. de hered. pet. 5. 3. Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. L. 119. D. de V. S. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem; iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio. Vgl. Huschke im Rh. Mus. VI. S. 271 fg. Bering Erbrecht S. 74 fg. [Birkmeyer S. 109. 279 fg.]

[5] L. 59. D. de R. J. Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat. Die Formula bei erbschaftlichen Klagen wurde direkt auf den Namen des Erben abgefaßt: *„si paret, eius ex iure Quiritium eam rem esse"* oder

*„ei dari oportere"*, und gegen ihn: *„eum dare oportere."* Gai. IV. 34. Vgl. Scheurl Beitr. zur Bearbeitung des R. Rts. I. S. 87 fg. [Birkmeyer S. 132 fg. Ueber Urheberrechte und gewisse handelsrechtl. Verhältnisse s. Mandry Reichsges. §. 44. I.]

[6] L. 37. D. 29. 2. Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit. L. 11. D. 44. 3. Cum heres in ius omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit. [Birkmeyer S. 136 fg.]

[7] L. 1. §. 1. D. de fundo dotali. 23. 5. (§. 402.) L. 62. D. de acquir. dom. 41. 1. Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet; nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur. Cf. L. 9. D. de re milit. 49. 16. Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant... §. 1. Milites, si heredes extiterint, possidere ibi praedia non prohibentur. Vgl. darüber Puchta Vorles. (4. Aufl.) II. S. 519 fg. [Beil. XXI.] gegen Jhering Abh. S. 240 fg. mit Rudorff's Anm. das. Scheurl a. a. O. S. 39 fg. Windscheid in d. krit. Ueberschau I. S. 197 fg. Köppen die Erbschaft S. 101 fg. Schirmer Erbr. I. S. 28. A. 43. Unger Erbr. §. 40. A. 6. 7.

[8] [Pfaff u. Hofmann S. 11 fg.] L. 46. D. fam. erc. 10. 2.... „quia mortuo patre quaedam filios sequuntur, etiam antequam fiant heredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. Igitur et dotem praecipere debet (sc. maritus sub conditione a patre heres institutus), qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit". Cf. L. 5. 6. D. de religios. 11. 7. Cic. de legib. II. 19. [Sternberg §. 16. leugnet, daß es sich dabei um ein dotalrechtliches Princip handle, und urgirt, daß der Ehemann im älteren R. Erbe des pat. fam. sein müsse; über das spätere R. s. ebd. §. 17. Auch in familienrechtliche Lasten gibt es eine von der Vererbung verschiedene successio, s. Hofmann in d. Wiener Ztschft. I. S. 552 ff.]

[9] L. 3. §. 3. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. Morte quoque amitti usumfructum, non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud (quod) personae cohaeret. Vgl. §. 57. not. d. §. 104. §. 194. not. e. §. 225. A. 3. §. 227. A. 8. §. 294. 319. 385. not. c. d. Mühlenbruch §. 610. 611. Köppen Erbr. §. 1. S. 171 fg. Schirmer §. 2. — [Streitig ist, ob das Recht auf die Lebensversicherungssumme zum Nachlaß des Versicherten gehöre, womit die Meisten die andere Frage vermengen, ob jene Summe dem Zugriff seiner Gläubiger unterliege, oder nicht? Die Entscheidung der ersteren Frage hängt davon ab, ob man das Recht auf die Summe direkt in der Person des Begünstigten ohne Durchgang durch die Person oder das Vermögen des Versicherten entstehen, oder aber es durch Erbgang vom Versicherten auf den Dritten übergehen läßt. Nun ist u. E. bald das eine, bald das andere richtig; aber selbst in jenem Falle müssen die Gläubiger nicht ausgeschlossen sein; denn es kann die Zuwendung unter den Gesichtspunkt der mort. c. donatio fallen, wo dann L. 17 (16). D. de mort. c. don. 39. 6. zu Gunsten der Gläubiger entscheidet; s. Hofmann in d. Jurist. Blättern, 1882, Nr. 35..37. Vgl. M. Scherer in d. dogm. Jahrb. XX. S. 149 fg. (dessen eigene Ausführungen nicht befriedigen, der aber interessantes Material beibringt) und die von diesem Citirten. — Gegen die Gläubiger de lege ferenda zwei Gutachten in d. Vhdlgn. des 16. d. Juristentags (I. S. 141 fg., 200 fg.) — mit ungenügender Begründung.]

[10] Die Theilung der Erbfolge ist nur nach sog. aliquoten Theilen (partes quotae, nicht nach sog. partes quantae) möglich. [Dies folgt aus dem in A. 1 a. E. Gesagten.]

Jeder Theilerbe ist successor in universum ius, aber jeder nur pro parte. Daher ist der heutzutage übliche Ausdruck: „Einziger und Universalerbe" eigentlich unpassend, jedenfalls pleonastisch; doch vertheidigt den „Universalerben" Unger §. 2. A. 15. [In „Universal-Erbe" ist das erste Wort in einem anderen Sinne gebraucht, als in „Universal-Successor"; hier bezieht es sich auf die Art, dort auf den Umfang des Erwerbes.]

## §. 465.

Das Wesen der Erbfolge tritt charakteristisch insbesondere darin hervor, daß nach dem Tode des Erblassers, so lange ein bestimmter Erbe noch nicht eingetreten ist, einstweilen die Hereditas selbst als fingirte Person[a], die Person des Verstorbenen darstellend[b], betrachtet wird[1]. So bleiben nicht nur dessen Vermögensverhältnisse, um deren Uebergang auf den Erben zu vermitteln, in der Zwischenzeit bestehen; die Hereditas gilt als Eigenthümerin der Erbschaftsachen[c], die nur in dem Sinne, wie die Sachen einer Universitas, res nullius genannt werden[d]; es können ihr auch neue Rechte, Sachen und Forderungen, erst erworben werden[e], und andererseits Verbindlichkeiten für sie entstehen[f], obgleich ihr, nach dem Anlaß und der Bedeutung dieser Personification, nicht eine ebenso umfassende Vermögens- und Erwerbfähigkeit, wie andern juristischen Personen[2], beigelegt wird[g]. Wenn alsdann der Erbe eintritt, so gehen durch die Erbschaft auf ihn die erbschaftlichen Rechtsverhältnisse über[h], und erscheint somit[i] bezüglich derselben der Erblasser, die Erbschaft und der Erbe juristisch als eine und dieselbe Person[3].

Anm. [1] Manche Stellen sprechen unverhüllt die nackte Wahrheit aus, daß die Sachen der Erbschaft einstweilen ohne Eigenthümer, das Erbvermögen ohne einen Herrn sei; aber da doch einmal Recht und Verbindlichkeit des Verstorbenen auf einen zur Zeit noch ungekannten und ungewissen Erben übergehen, das Vermögen des Verstorbenen als solches für jenen erhalten werden sollte, also inzwischen nicht rechtlos sein konnte,

[a] L. 22. D. de fideiuss. 46. 1. cf. §. 41. A. 5. [b] §. 2. J. de hered. instit. 2. 14. L. 31. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. L. 116. §. 3. D. de legat. I. L. 34. D. de acquir. dom. 41. 1. cf. L. 24. D. de novat. 46. 2. [c] L. 31. §. 1. cit. L. 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 1. §. 1. D. si is qui test. lib. 47. 4. L. 15. pr. D. de interrog. 11. 1. [d] L. 1. pr. D. de div. rer. 1. 8. cf. L. 13. §. 5. D. quod vi. 43. 24. L. 6. D. expil. hered. 47. 19. [e] Cf. α) L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 27. D. de hered. pet. 5. 3. β) L. 30. pr. D. de quib. ex caus. mai. 4. 6. L. 31. §. 5. L. 20. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 44. §. 3. eod. (§. 161. A. 3.). γ) L. 20 (21). §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 16. §. 3. D. de her. pet. 5. 3. L. 13. §. 2. L. 15. pr. L. 43. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. cf. L. 69..71 (68..70). D. de furt. 47. 2. L. 2. D. expil. hered. 47. 19. (§. 323. A. 4.). δ) L. 33. pr. §. 2. L. 61. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 44. §. 3. D. de usucap. 41. 3. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 29. D. de captiv. 49. 15. pr. J. de stip. serv. 3. 17. L. 41. D. de reb. cred. 12. 1. L. 1. §. 29. D. depos. 16. 3. L. 11. §. 2. D. de acceptil. 46. 4. L. 31. §. 1. L. 53 (52). D. de hered. instit. 28. 5. L. 116. §. 3. D. de legat. I. L. 55. §. 1. D. de legat. II. cf. L. 19. §. 1. D de castr. pec. 49. 17. [f] L. 3. pr. §. 6. L. 20 (21). §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 77. D. de V. O. 45. 1. [g] L. 61. §. 1. D. de acquir. dom. 41. 1. L. 26. D. de stip. serv. 45. 3. cf. L. 56. D. de usufr. 7. 1. [h] L. 13. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. L. 20 (21). §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. cf. L. 73. §. 1. D. de V. O. 45. 1. [i] L. 22. D. de usucap. 41. 3. cf. L. 16. 28. §. 4. L. 35. D. de stip. serv. 45. 3.

so kam man gewissermaßen von selbst dazu, einstweilen die Hereditas als Person, vergleichbar anderen sog. juristischen Personen, sich vorzustellen, und zwar als Repräsentantin des Verstorbenen, durch Beziehung auf welchen der Nachlaß als ein einheitliches Ganzes zu erfassen ist [s. §. 464. A. 1 a. E.], und diese Vorstellung ist denn auch in den Quellen in den bezeichnendsten Ausdrücken ausgesprochen. Vgl. not. a. b., besonders L. 31. §. 1. D. 28. 5. (Gai.) Creditum est, hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere. L. 34. D. 41. 1. (Ulp.) Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. L. 116. §. 3. D. de leg. I. (Florent.) Hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur. §. 2. J. 2. 14: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti. Anderer Ansicht, die auf den künftigen Erben hinblickt, scheint Pomponius gewesen zu sein nach L. 24. D. 46. 2.: morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit *ad heredem, cuius* personam interim hereditas sustinet, wenn nicht mit Vulgathandschriften zu lesen ist: *„ad heredem illius* (sc. *Titii promissoris*), *cuius“* etc. Doch erklärt Lang Hermeneutik S. 166. auch die Florentinische Lesart in demselben Sinn, indem er eine Ellipse annimmt. Aber auch ohne dies gibt die Stelle geringen Anstoß, da ja für den künftigen Erben das Vermögen des Verstorbenen als solches zusammengehalten, die Hereditas als domina betrachtet und behandelt wird, und in dem Falle der L. 24. cit. nichts darauf ankam, ob man auf den Erblasser oder auf den künftigen Erben Bezug nahm. — Praktisch wichtig war jene Fiction vorzüglich wegen der Erwerbung durch Sklaven der Erbschaft (not. e. f.). Dies hat die Ansicht hervorgerufen, sie sei nur dafür aufgestellt und darum für das heutige Recht unbrauchbar. Savigny Syst. II. §. 102. Aber vgl. dagegen die Stellen in not. e. $\alpha$-$\gamma$. not. f. und Puchta in d. krit. Jahrb. Jahrg. IV. S. 712 fg. Arndts im Rtslex. IV. (civ. Schr. II.) S. 2 fg. Jhering Abh. Nr. 3. Scheurl Beitr. I. Nr. 1. Schirmer de tribus regulis iuris in hereditate iacente observatis earumque apud veteres usu commentatio. Vratislaviae 1852. und im Erbr. §. 3. Windscheid in d. krit. Ueberschau I. Nr. 8. [S. 181 fg.] Keller Pand. §. 456. Die Verschiedenheiten in der Ausführung dieser Schriftsteller sind bezüglich der Hauptfrage unerheblich, in sofern alle anerkennen, daß im R. R. der ruhenden Erbschaft eine Persönlichkeit beigelegt werde, und der Streit darüber, ob jene nun eine juristische oder eine fingirte Person genannt werden könne, ist ohne Bedeutung. Solche jedoch, die überhaupt nichts hören wollen von juristischen Personen (§. 41. A. 3.), können natürlich auch die Hereditas, die ihnen nur ein einstweilen subjectloses Vermögen ist, nicht als solche anerkennen. So vorzüglich Brinz Pand. §. 155. und Köppen zuerst in seiner Diss. inaug. de natura hereditatis nondum aditae. Berol. 1850. (die jedoch unwillkürlich selbst wieder auf eine juristische Persönlichkeit der Hereditas hinausläuft, indem sie diese als eine persona sui iuris heredem exspectans, als relicta persona familiaris defuncti seiuncta a corporali persona, charakterisirt), dann in der Schrift „die Erbschaft“ 1856, im Erbr. §. 2., in d. dogm. Jahrb. V. S. 173 fg. Diesen ist die Personification der Hereditas, wie überhaupt die „juristische Person“, etwas unnatürlich gekünsteltes, „eine unwissenschaftliche Fiction“, dergleichen sich die römische Jurisprudenz nicht zu Schulden kommen lasse. Andere erkennen darin mit uns ein unleugbares Product römisch-wissenschaftlicher Construction, einen treffenden wissenschaftlichen Ausdruck der Natur des Erbverhältnisses. Vgl. Vering Erbr. S. 94 fg., und in den Heidelb. Jahrb. 1857. [Nr. 44. 45.] S. 675 fg. Unger in d. krit. Ueberschau VI. 9. S. 156 fg. Dworzak in Haimerl's Vjschr. XI. 7. Windscheid Pand.

§. 531. Baron Pand. §. 389. und vorzüglich Unger Erbr. §. 7. Sehr gut zeigt der Letzte (A. 5.), wie es Täuschung ist, wenn man, indem man von subjectlosen Rechten und Verbindlichkeiten, von einem Vermögen ohne Herrn redet, eine einfachere natürlichere Anschauung an die Stelle einer verkünstelten gesetzt zu haben glaubt, nicht einsehend, „daß die Auffassung des Vermögens als eines selbständigen Rechtsorganismus um nichts einfacher und leichter denkbar ist, als die so naheliegende Annahme juristischer Persönlichkeit". Vgl. oben §. 21. A. 1. Doch ist es schon nicht ganz genau, wenn er A. 2. übereinstimmend mit Windscheid §. 531. A. 5. sagt: „Es existirt hier in der That Eigenthum ohne Eigenthümer, Forderung ohne Gläubiger, Schuld ohne Schuldner". In der That wird Eigenthum, Forderung, Schuld nur fingirt, d. h. es wird das Verhältniß rechtlich so angesehen und behandelt, als ob Eigenthum, Forderung, Schuld, also auch ein Eigenthümer, Gläubiger, Schuldner vorhanden wäre. — Eine neue Ansicht stellt Jhering auf in den dogm. Jahrb. X. 8. „über passive Wirkungen der Rechte". Daß in den Quellen die ruhende Erbschaft als sog. juristische Person betrachtet und behandelt werde, gibt er zu S. 413. A. 22. (gegen Brinz u. Köppen); aber er sieht darin nur eine verfehlte wissenschaftliche Construction, einen Nothbehelf der röm. Juristen, die nach einem Subject der erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten suchten; die früher auch von ihm vertheidigte juristische Person erklärt er jetzt für ein Phantom. Er behauptet zwar auch (gegen Windscheid und Köppen), daß es subjectlose Rechte nicht gebe; aber er unterscheidet in den Rechten eine active und eine passive Seite, die letzte bestehend in den Wirkungen der Rechte auf die Außenwelt außer dem Berechtigten, in einer rechtlichen Gebundenheit einer Sache oder Person, auf die sich das Recht bezieht, und diese passive Seite der Rechte, sagt er, könne vorübergehend ohne die active selbständig vorkommen, als Zwischenstadium bei vorübergehendem Mangel eines Subjects, als Vorstadium bei der Bildung eines Rechts vor dessen vollständiger Existenz; unter den ersten Gesichtspunkt falle die hereditas iacens; für den Nachlaß werde ein Subject noch erwartet; in Rücksicht darauf bestehen die erbschaftlichen Rechte fort einstweilen nur nach ihrer passiven Seite. — Uns scheint diese Construktion das Verhältniß nicht klarer und anschaulicher zu machen, als die der römischen Juristen. — Vgl. noch [Zitelmann Begriff und Wesen der jur. Personen, 1873. S. 70 fg., wonach das Rechtsubject für die ruhende Erbschaft sein soll der ausgesprochene oder „durch das positive Recht kraft einer praesumtio iuris et de iure in allgemein gültiger Weise ergänzte", „gleichsam erstarrte, aber doch immer noch wirksame Wille" des Erblassers; (vrbr. Harum in d. Wiener Ztschr. I. S. 209 fg.)] Brinz Pand. 2. Aufl. I. §. 59 fg., insbesondere S. 204. u. vrbr. Arndts in d. Wiener Ztschr. I. S. 494 fg. 502 fg. Randa Besitz 2. Aufl. S. 387 fg. A. 13. [Marcusen Die L. v. d. hered. iacens in ihrem Zusammenhang mit der alten usucapio pro herede. Bern 1883.]

[2] Darum wäre es allerdings schief, wie Keller [§. 456. bei A. 8.] sagt, die hereditas iacens „mit Corporationen und dergleichen auf eine Linie zu stellen", ihre Verschiedenheit von diesen „berechtigt jedoch durchaus nicht, ihr das Prädicat einer juristischen Person abzusprechen". Unger a. a. O. A. 14. Windscheid §. 531. A. 9 fg. [Auch einer Stiftung steht die her. iac. nicht gleich; durch jene wird die Zahl der Vermögen um eins vermehrt, durch diese nicht; jene ist ein neues Rechtssubject, diese hält blos die Rechtspersönlichkeit des Verstorbenen fest, vicem defuncti sustinet.] Uebrigens ist auch für andere juristische Personen die volle Vermögensfähigkeit nur zögernd anerkannt worden. So bezüglich des Ususfructus nach L. 56. D. de usufr. 7. 1., und bezüglich des Besitzes und folgeweise der Ersitzung. L. 1. §. 22.

L. 2. D. de poss. 41. 2. Daß man bei der Hereditas dabei stehen blieb, sie könne keinen Besitz (ius possessionis) haben, L. 1. §. 15. D. si is qui test. liber. 47. 4., war eigentlich eine Inconsequenz, erklärt sich aber zum Theil daraus, daß für den Erben die hereditatis petitio praktisch die Function der possessorischen Interdicte ersetzte, vgl. §. 531. A. 6. not. g. h. §. 533. A. 1. Ihering Grund des Besitzesschutzes 2. Aufl. S. 85 fg.; [Ubbelohde in d. dogm. Jahrb. XVII. S. 425 fg. Dieser versteht die in §. 531. not. h. cit. L. 19. §. 2. D. de H. P. 5. 3. so, daß possessor auf den Beklagten bei der her. pet., praedo dagegen auf den Erblasser gehe; hic beidesmal = hoc casu; immo . . . nomine sei Parenthese, nach teneatur zu ergänzen: possessor]; es ist aber auch nicht durchaus festgehalten worden (not. e. β.); und mit Recht neigt sich die heutige Praxis dahin, auch Besitzerwerb für die Erbschaft durch einen curator hereditatis iacentis zuzulassen. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück Thl. 43. S. 58. [A. 85.] Holzschuher II. S. 526. 3. Aufl. S. 628 fg. Unger §. 7. A. 20. Sogar durch den Testamentsexekutor (§. 504.) soll jener stattfinden (Seuffert's Arch. XIV. 102.), und wie man dies unbedenklich finden und doch den Besitzerwerb durch einen curator hereditatis beanstanden mag (Schirmer §. 8. A. 11.), ist nicht einzusehen. Vgl. Randa a. a. O. [A. 14.] Zrodlowski Unters. S. 65 fg. [Bekker Besitz §. 27., Duncker S. 210 fg., Kindel S. 326 fg.]

[3] L. 22. D. de usucap. 41. 3. Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur. Basil. L. 3. cap. 21. Κληρονόμος καὶ κληρονομία ἓν πρόσωπον νομίζεται. Cf. Nov. 48. praef. „quum tamen legibus nostris una quodammodo persona videatur heredis et illius, qui hereditatem in eum transmittit". Ein Mißverständniß dieser Personeneinheit aber ist es, wenn man auch dasjenige, was den Erben nicht als solchen angeht, auf den Erblasser zurückbezieht. Arndts im Rtslex. IV. S. 22. (civ. Schr. II. S. 23.), vgl. Vering Erbr. S. 86. — Das österr. b. Gesetzb. §. 547. sagt übereinstimmend mit der Auffassung dieses §., wenngleich nicht in bester Fassung: „Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für Eine Person gehalten. Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde." Vgl. Unger a. a. O. A. 4.

## B. Unterschied der civilrechtlichen und prätorischen Erbfolge.

### §. 466.

Die Hereditas nach dem oben bezeichneten Charakter war die Erbfolge nach Civilrecht. Der Prätor aber wollte auch solchen Personen, die nach Civilrecht nicht Erben waren, den Zugang zur Erbfolge eröffnen. Er bewirkte dieses dadurch, daß er ihnen auf ihr Gesuch bonorum possessionem ertheilte[a], gewöhnlich unter einfacher Bezugnahme auf die betreffenden Bestimmungen des Edicts[b], daher edictalis bonorum possessio[c], ausnahmsweise durch ein förmliches Decret nach vor-

[a] Inst. de bonorum possessionibus. 3. 9. Dig. 37. 1. et sqq. cf. Ulp. tit. 28. Gai. III. 18 sqq.
[b] L. 1. §. 10. D. de success. ed. 38. 9.
[c] L. 30. §. 1. i. f. D. de acquir. her. 29. 2. L. 1. §. 4. D. si tab. test. 38. 6.

gängiger Prüfung, decretalis b. p.[d]. Er gewährte einem solchen bonorum possessor, beziehungsweise gegen denselben, die einzelnen erbschaftlichen Klagen, dingliche wie persönliche, als utiles (fictitiae) actiones[e], und gab ihm ein eigenes interdictum adipiscendae possessionis, das interdictum quorum bonorum[f], um sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, später auch eine universalis actio, analog der civilrechtlichen hereditatis petitio, possessoria hereditatis petitio[g]. Der bonorum possessor war auf solche Weise, wenngleich nicht heres im strengen Sinn, doch heredis loco (velut heres, vice heredis)[h]; das Rechtsverhältniß desselben war eine wahre Erbfolge, hereditas honoraria[i], die aber in ihren Voraussetzungen und ihren Folgen vielfach von der civilrechtlichen abwich.

[Anm. Ueber den Begriff der bona als Ausgangspunkt der bon. poss. vgl. Birkmeyer S. 11. 266 fg. mit Leist in dem neueren Werke (s. hier §. 467. Anm.) I. S. 93 fg., 296 fg.].

## §. 467.

Das prätorische Edict stellte eine vollständige Erbfolgeordnung auf, worin auch den Civilerben an bestimmter Stelle die bonorum possessio angetragen war. Die Annahme derselben war für sie nicht Bedingung der Erbfolge, gewährte ihnen aber den Vortheil des interdictum quorum bonorum (daher utilis b. p.), während die übrigen nur durch b. p. zur Erbfolge gelangen konnten, diese also für sie necessaria war[a]. War nun Einer blos nach Civilrecht Erbe geworden, während ein Anderer b. p. erlangt hatte, so mußte bald der heres zurückstehen, indem der Prätor auch gegen ihn den b. possessor durch wirksame Klagen und Einreden schützte (die b. p. war cum re, die hereditas sine re); bald der b. possessor, indem diesem der heres kraft seines Civilerbrechts die Erbschaft abstreiten konnte (die b. p. war sine re, die hereditas cum re); bald beschränkten beide einander (die b. p., wie die hereditas, war pro parte cum re, pro parte sine re[b]). Es kam in dieser Beziehung vorzüglich darauf an, in welcher Rangordnung der Eine und der Andere zur b. p. berufen war; der Civilerbe konnte regelmäßig in dem Maße, in welchem er b. p. hätte erlangen können, wenn er diese

[d] L. 3. §. 8. D. h. t. 37. 1. L. 1. §. 7. D. de succ. ed. 38. 9. L. 2. §. 1. 2. D. quis ordo. 38. 15. [e] Gai. IV. 34. Ulp. XXVIII. 12. [f] Gai. IV. 144. §. 3. J. de interd. 4. 15. Dig. quorum bonorum. 43. 2. [g] Dig. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. [h] §. 2. J. h. t. 3. 9. Gai. III. 32. L. 2. 3. pr. §. 1. 2. D. h. t. 37. 1. L. 13. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 117. D. de R. J. [i] L. 1. §. 4. (L. 1. i. f.) Cod. de sec. nupt. 5. 9. cf. L. 138. 170. D. de V. S. L. 23. §. 5. D. de aed. ed. 21. 1. L. 1. Cod. unde lib. 6. 14.

[a] Gai. III. 34. Collat. leg. Mos. XVI. 3. §. 5. [b] Gai. III. 35..38. Ulp. XXVIII. 13. §. 9. in f. J. de her. quae ab int. 3. 1.

verschmähte, doch sein Civilerbrecht auch gegen andere b. possessores geltend machen[e].

Anm. Ueber die Anfänge und ursprüngliche Bedeutung der b. p. im Verhältniß zum Civilerbrecht sind die Ansichten sehr verschieden. Kein Zweifel aber ist, daß das Institut der b. p. in seiner weiteren Entwickelung vorzüglich dadurch praktisch bedeutend geworden, daß es auch solchen Personen, die nach Civilrecht kein Erbrecht hatten, eine wahre, nur prätorische Erbfolge gewährte. Vgl. darüber jetzt vorzüglich Leist Fortsetzung von Glück's Erläuterung der Pandecten. (Serie der Bücher 37. 38.) Th. 1..5. 1870..1879 (drbr. [Hartmann in d.] krit. Vjschr. XIII. S. 531 fg. [Karlowa in d.] Jen. Litztg. 1874. Nr. 37. 1876. Nr. 39). Die ganze Lehre von der b. p. ist von demselben Vf. schon früher bearbeitet worden in 2 Bdn. 1844..1848: [Die bon. poss. Ihre geschichtl. Entwickelung u. heut. Geltung.] (Ueber den Gegensatz cum und sine re s. Leist in dem neueren Werk I. S. 312 fg., S. 343 fg.)

## §. 468.

Der Gegensatz zwischen civilrechtlicher und prätorischer Erbfolge wurde durch die spätere Rechtsentwickelung allmälig in der Art ausgeglichen, daß es praktisch keinen wesentlichen Unterschied machte, ob Jemand auf die eine oder die andere Weise zur Erbfolge gelangte. Durch Gesetzgebung und Praxis wurden beide Arten der Erbfolge immer mehr gleichgestellt, und, sofern etwa noch Verschiedenheiten zwischen ihnen übrig blieben, verloren doch die Eigenthümlichkeiten der prätorischen Erbfolge, zumal durch einige erbrechtliche Novellen Justinians, ihre praktische Wichtigkeit fast gänzlich, weil nunmehr beinahe in allen Fällen, wo sonst nur bonorum possessio stattgefunden, ein civilrechtliches Erbrecht gegeben ist. So sind im neuesten und heutigen Rechte nur einzelne Reste des prätorischen Erbfolgesystems übrig geblieben, und diese betreffen zum Theil nur eine provisorische Regulirung des Erbschaftsverhältnisses.

Anm. Die Frage, ob und inwiefern im Justinianischen und im heutigen Recht bonorum possessio noch als eine eigenthümliche Art der Erbfolge vorkomme, ist streitig; sie wird in Beziehung auf die einzelnen fraglichen Punkte im Folgenden in Betracht kommen. Vgl. im Allgemeinen Leist die bon. poss. II. 2. S. 221 fg., 349 fg., ders. in d. Fortsetzung von Glück Th. 2. S. 274 fg. 344 fg., Sintenis III. §. 193. A. 1., Windscheid §. 532. g. E., Schirmer I. S. 108 fg., und in diesem Lehrb. §. 474. 480. 508. 509. 535..539. 599. [Wlassak Krit. Studien S. 106 fg., 118 fg., 184 fg.]

[e] L. 10. D. de collat. 37. 6. L. 14. pr. L. 15. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 14. pr. L. 15. pr.... §. 2. D. de legat. praest. 37. 5. L. 2. D. de except. rei iud. 44. 2. cf. Gai. II. 119..122. 148..151 a. Ulp. XXIII. 6.

## C. Voraussetzungen der Erbfolge.

### §. 469.

#### 1) Tod einer vermögensfähigen Person.

Die erste Voraussetzung der Erbfolge ist ein Todesfall (viventis non datur hereditas)[a]; sei es, daß dieser geradezu erwiesen oder nur in Folge der Todeserklärung (§. 26.) vermuthet wird. Nicht wesentlich ist, daß der Verstorbene Vermögen (im activen Sinn) hinterlassen habe (§. 464. A. 4.); wesentlich ist aber, daß er fähig gewesen, eigenes Vermögen zu haben. Daher konnte nach älterem Recht der Filiusfamilias keinen Erben haben[b]; im neueren Recht ist davon nur übrig geblieben, daß er, ausgenommen bezüglich des peculium castrense oder quasi castrense, nicht testamentarisch beerbt werden kann (§. 431 . . 434.). Nach römischem Recht konnten auch Sklaven[c] und Nichtbürger[d] nicht beerbt werden; die letzten nur etwa nach peregrinischem Recht[e]; daher auch diejenigen nicht, welche eine capitis deminutio magna erlitten hatten, capite damnati[f]. Nach heutigem gemeinem Recht kommen diese Beschränkungen nicht mehr vor[g]. Nach canonischem Recht können Ordensleute keine Erben haben[h].

[Anm. Zu not. d. und e. vgl. Böcking Pand. I. S. 147.; Brinz 1. Aufl. S. 750: „Nirgends finden wir ausgesprochen, daß ein Peregrine als solcher kein, in Italien oder den Provinzen gültiges, Testament machen könne, wohl aber indirekt das Gegentheil (Ulp. XX. 14.)"; Baron §. 392. — Zu not. h. vgl. Hellmann Das gemeine Erbrecht der Religiosen, 1874. §. 2 . . 7.; drbr. Schulte in d. Jen. Litztg. 1875. Nr. 5. Hierher, dann zu §. 471. A. 4. und zu §. 484. A. 2. gehört auch die Schrift von Heinr. Singer Behebung der f. Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa . . . (1880.). Das II. Cap. (S. 25 fg.) behandelt die Beschränkungen, das III. (S. 65 fg.) ihre Behebung. Drbr. Zhishman in der Wiener Ztschr. VIII. S. 402 fg.]

#### 2) Erbberechtigung einer bestimmten Person. Delation.

### §. 470.

#### a) Art der Berufung.

Nach römischem Recht kann zur Beerbung eines Verstorbenen Jemand nur berufen sein entweder durch Testament, d. h. eine letzt=

[a] L. 27. D. de a. v. o. her. 29. 2. L. 1. D. de hered. vend. 18. 4. [b] Ulp. XX. 10. L. 11. D. de fideiuss. 46. 1. [c] L. 4. Cod. comm. de succ. 6. 59. L. 3. §. 1. D. de V. S. cf. Ulp. XX. 16 (17). [d] L. 7. §. 5. D. de bon. damnat. 48. 20. cf. L. 31. D. de iure fisci. 49. 14. [e] Ulp. XX. 14 (15). cf. L. 17. §. 1. D. de poen. 48. 19. [f] L. 7. §. 5. L. 17. §. 1. cit. L. 3. D. de interd. et releg. 48. 22. — L. 8. §. 4. D. qui test. fac. 28. 1. L. 6. §. 6. D. de iniusto. 28. 3. cf. §. 5. J. quib. n. e. permiss. 2. 12. L. 22. pr. §. 1 . . 3. D. de captiv. 49. 15. [g] cf. Auth. Frid. II. *Omnes peregrini* ad L. 10. Cod. comm. de succ. 6. 59. cf. §. 28. [h] cap. 2. X. de testam. 3. 26. cf. Oest. Gesetzb. §. 573. Preuß. Ldrt. II. 11. §. 1199 fg.

willige Verfügung (§. 63.), welche ihn zum Erben ernennt, oder unmittelbar durch Rechtsatz; die Erbfolge ist entweder testamentarische oder gesetzliche Erbfolge. Die letzte wird erst eröffnet, wenn entschieden ist, daß die erste nicht eintrete, also der Erblasser, wenigstens dem Erfolge nach, als intestatus decedit, und heißt daher auch Intestaterbfolge[1]. Beide Arten der Erbfolge schließen der Regel nach einander aus; derselbe Erblasser kann nicht für einen Theil seines Vermögens testamentarische Erbfolge, für einen andern Theil Intestaterbfolge eintreten lassen[2].

Nach heutigem Recht kann man über die künftige Erbfolge in seinem Nachlaß auch durch bindenden Vertrag verfügen (Erbvertrag, Erbeinsetzungsvertrag), so daß die Delation der Erbschaft an die darin bestimmten Erben nicht durch einseitige Willkür des Erblassers vereitelt werden kann[3].

Anm. [1] L. 39. D. de adquir. hered. 29. 2. Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Cf. L. 8. Cod. comm. de succ. 6. 59. pr. J. de hered. quae ab int. 3. 1. L. 1. pr. D. de suis. 38. 16. — Die civilrechtliche Erbfolge, quae ab intestato defertur, heißt legitima hereditas, im Gegensatz der testamentaria. L. 130. D. de V. S. cf. rubr. J. de hered. quae ab int. 3. 1. de legit. agn. succ. 3. 2. Das prätorische Recht stellte freilich drei Classen der bon. poss. auf: contra tabulas, secundum tabulas und intestati b. p. Ulp. XXVIII. 1. Inst. 3. 9. Aber die erste gründete sich eben auch unmittelbar auf einen (prätorischen) Rechtsatz und war nur eine modificirte Intestaterbfolge. L. 17. Cod. de collat. 6. 20. Ueber das Verhältniß beider Delationsarten zu einander vgl. Unger §. 4. A. 1. [Das Recht, zu erben, kann selbstverständlich überall nur durch das Gesetz (oder allgemeiner: das Recht i. obj. S.) gewährt sein. Die Thatsache, an welche das Gesetz die Berufung knüpft, ist bald: Einsetzung in einem gültigen Testamente, bald: eine bestimmte Verwandtschaft oder ein anderes im Gesetze bestimmtes Verhältniß zum Erblasser. Das Gesetz Delationsgrund zu nennen („gesetzliche Berufung ꝛc.") ist ein abkürzender Ausdruck oder aber ein logisch nicht richtiger Gedanke. Die Inaug.-Diss. von Fr. Behr d. L. v. d. Successionsgründen (1881) enthält einen Rückfall in alte Irrthümer, die über das Gebiet des Erbrechtes hinausgreifen und auch in diesem allgemeineren Zusammenhang lang widerlegt sind (s. z. B. Unger System §. 1.; Pfaff u. Hofmann Comm. II. S. 15. N. 2.); selbst Bezeichnung des Gesetzes über die Intestaterbfolge als „subsidiäres, generelles Testament" kehrt (S. 33.) wieder! S. darüber Unger Erbrecht §. 4. A. 1.; Pfaff u. Hofmann Excurse S. 1 fg.]

[2] Cic. de invent. II. 21. Unius pecuniae plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset. L. 7. D. de R. J. Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. Cf. §. 5. J. de hered. instit. 2. 14. *Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest.* Jedoch a) L. 6. D. de test. mil. 29. 1. Miles enim pro parte testatus potest decedere,

pro parte intestatus. [Durch das R.Mil.G. v. 2. Mai 1874 §. 44. beseitigt.] b) L. 15. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. Filius, qui de [*Krieg. om:* de] inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est . . . credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri. — Ueber den Grund und die Bedeutung dieser Regel [sind die verschiedensten Ansichten ausgesprochen worden (s. die Uebersichten bei Mühlenbruch XL. S. 142 fg., Gruchot I. S. 373.), ohne daß bisher eine befriedigende Erklärung gelungen wäre;] vgl. Huschke im Rh. Mus. VI. 8. Keller Pand. §. 460. Schirmer Erbr. I. S. 52 fg. Dworzak in Haimerl's Vierteljahrsschr. VIII. S. 8 fg. Köppen Erbr. I. S. 273 fg. Sintenis III. §. 172. A. 9. Windscheid §. 537. [Hölder S. 152 fg. (Nur die Anwendbarkeit auf das Test. des Haussohns über s. castr. pecul. betrifft die Schrift: L. Moses Nemo pro p. test . . . Breslau 1883.) Die Mehrzahl der vorgebrachten Argumente würde bald die Unmöglichkeit einer Mehrheit von Erben, bald die Ungültigkeit eines Testamentes, worin nicht über den ganzen Nachlaß verfügt ist, beweisen. Mehr Schein hat die Ansicht Thibaut's für sich, Civil. Abhandlungen S. 65., die aus dem Wortlaut der zwölf Tafeln argumentirt („si intestato moritur"), aber auch ihr stehen ernste Bedenken entgegen, s. Huschke S. 263 fg., Windscheid §. 537. N. 2.; Hölder N. 2.: „wir wissen nichts davon, daß jemals im Falle des test. destitutum die Intestaterbfolge nicht Platz gegriffen hätte"; dabei übersieht H., daß dies eine controverse Frage ist; s. Leist B.P. I. S. 112 fg., andererseits Köppen in d. dogm. Jahrb. V. S. 176. N. 137. U. E. erklärt sich die Unstatthaftigkeit partieller (unvollständiger) testamentarischer Verfügung (nur diese ist in dem nemo pro p . . . ausgesprochen) aus der persönlichen Seite der Beerbung (Repräsentation); die Gültigkeit eines dagegen verstoßenden Testamentes aber aus dem favor testamenti. Hofmann Krit. Studien. IV. Abhdlg.] Im Justinianischen Recht ist die strenge Scheidung der beiden Arten der Erbfolge schon sehr abgeschwächt durch die Möglichkeit, die künftigen Intestaterben als incertae personae zu Erben einzusetzen (§. 491. A. 5.). — Abweichend [indem die Delationsgründe einander nicht ausschließen] das österr. bürgerl. Gesetzb. §. 533. 534., preuß. Landr. I. 12. §. 254 . . 256., sächs. Gesetzb. §. 2011 fg. Vgl. Unger Erbr. §. 4. A. 2. Gruchot I. S. 378 fg.

[3] Nach R. R. ist nicht nur a) der Vertrag, wodurch geradezu ein Erbe bestimmt wird, als Vertrag durchaus nicht bindend, L. 5. Cod. de pact. conv. 5. 14. L. 15. 19. Cod. de pact. 2. 3. (die letzte Stelle enthält nur scheinbar eine Ausnahme); sondern auch schlechthin ungültig b) ein Vertrag, der nur eine Beschränkung der Freiheit testamentarischer Verfügung bezweckt, L. 61. D. de V. O. 45. 1. L. 4. Cod. de inutil. stip. 8. 38 (39). L. 52. §. 9. D. pro soc. 17. 2. cf. L. 2. §. 2. D. de vulg. subst. 28. 6., sowie c) der Verzicht auf ein künftiges Erbrecht, L. 16. D. de suis. 38. 16. L. 3. Cod. de collat. 6. 20. Schirmer §. 5. S. 47 fg. Ueber die abweichende deutschrechtliche Theorie von den Erbverträgen s. Hasse im Rh. Mus. II. S. 150 fg. Beseler d. L. v. d. Erbverträgen, 1835 . . 1840. Buddeus im Rtslex. IV. S. 27 . . 48., und über die Natur des heutigen Erbvertrags insbesondere Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen, 1860., dazu Arndts in Haimerl's Vjschr. VII. 10. (civ. Schr. II. 41.) Unger Erbr. §. 26. A. 3 fg., dagegen aber Schirmer S. 50 fg. Köppen I. S. 285 fg. Windscheid §. 529. A. 3. Gerber deutsches Privatrecht (10. Aufl.) §. 257. A. 1. [F. Hofmann Wesen und Wirkung des Erbverzichtes und Erbvertrages in d. Wiener Zeitschr. III. S. 649 fg.] Vgl. unten §. 501.

— Ueber das österreich. Recht insbesondere: bürgerl. Gesetzb. §. 533. 584. 602. 1249 fg. und 551. Arndts und Unger a. a. O.; über das preuß. Recht: Scharnweber der letzte Wille und der Erbvertrag, 1861., dazu Arndts in Haimerl's Vjschr. VIII. Lit. S. 64 (civ. Schr. II. S. 208) fg.; sächs. Gesetzb. §. 2542 fg. — Ein Vertrag über die Erbschaft einer noch lebenden dritten Person ist nach R. R. nur dann gültig, wenn diese denselben billigt und dabei bis zu ihrem Tode verharrt. L. 30. Cod. de pact. 2. 3. cf. L. 29. §. 2. D. de donat. 39. 5. Ueber die Frage, ob auch diese Bestimmung heutzutage nicht mehr gelte? vgl. Hasse a. a. O. S. 218 fg. Beseler II. 2. S. 328 fg. Seuffert's Arch. I. 252. XIII. 44. XIV. 216. XX. 51., dagegen II. 213. VIII. 153. XIII. 151. XVIII. 91.; vgl. sächs. Gesetzb. §. 2563. Das österr. bürgerl. Gesetzb. erklärt den Vertrag über die künftige Erbschaft wie über Vermächtnisse von Seiten einer noch lebenden dritten Person schlechthin für ungültig. §. 879. a. E., vgl. §. 1278. — Streitig auch, ob die Stellen unter b) noch anwendbar seien? Dafür Hasse a. a. O. S. 206 fg. Köppen S. 286. [A. 49.], vgl. sächs. Gesetzb. §. 2559.; dagegen Windscheid §. 529. A. 4. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Th. 38. S. 209 fg. Hartmann a. a. O. S. 116 fg.

## §. 471.

### b) Erbfähigkeit.

Die Berufung einer Person zur Erbfolge ist bedingt durch deren Erbfähigkeit. Eine allgemeine Voraussetzung dabei ist die, daß jene schon zur Zeit des Todes des Erblassers, wenigstens als Nasciturus, existirte [1]. Außerdem enthält das römische Recht eine Reihe von Gründen gänzlicher oder theilweiser Erbunfähigkeit, die aber heutzutage nicht mehr gelten [2]. Juristische Personen sind erbfähig, sofern ihnen durch Rechtsatz oder besondere Verleihung Erbfähigkeit beigelegt ist. Das erste ist der Fall beim Staat, bei Gemeinden, Kirchen und milden Stiftungen [3] [4].

Anm. [1] Vgl. a) L. 6. in f. D. de suis. 38. 16. Lex XII. tabb. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. L. 7. eod. vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur. L. 8. pr. eod. Item praetor ... bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς accidit. Cf. §. 8. J. de her. ab int. 3. 1. L. 1. §. 8. D. unde cogn. 38. 8. L. 6. pr. D. de iniusto. 28. 3. L. 6. pr. D. de inoff. test. 5. 2. Ohne Grund halten dies Manche für aufgehoben durch Nov. 118. praef. cap. 1. 3. §. 1., z. B. Löbenstern in Linde's Ztschr. IX. S. 215 fg., dem neuerdings Schirmer §. 10. A. 157. [S. 189.] beizutreten geneigt ist. Vgl. dagegen Arndts im Rtslex. V. S. 680 (civ. Schr. II. S. 43.) und unten §. 474. A. 4. 6. Es ist aber nicht zu leugnen, daß diese strenge Auffassung zu Ergebnissen führen kann, die unserem Gefühle nicht zusagen, daher begreiflich die abweichende Entscheidung in Seuffert's Arch. VIII. 63. b) L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. Verum est omnem postumum, qui moriente testatore

in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse; cf. pr. J. de bon. poss. 3. 9. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Pand. Th. 39. S. 406 fg. Büchel Erörtr. II. 2. S. 2 fg. Arndts im Rtslex. III. S. 913. (civ. Schr. II. S. 70.) Mit Unrecht bestreitet dies Mayer Erbr. I. S. 87 fg. A. 7., übersehend, daß L. 3. cit. im Titel de bon. poss. *secundum tabulas* steht. Schirmer §. 4. A. 2. Auch hier abweichend Seuffert's Arch. VIII. 63., wenigstens in Ansehung aller Verwandten, die ab intestato erben könnten, und das allerdings consequent, weil „es widersinnig wäre, einem zur Intestaterbfolge qualificirten Descendenten (Cognaten) die Institutionsfähigkeit abzusprechen". Dagegen Seuffert's Arch. IX. 309. erkennt die Regel bezüglich der direkten Erbfolge an, während es dieselbe bezüglich der Vermächtnisse, auch des Universalfideicommisses, mit Recht verwirft. Köppen Erbr. I. S. 308 fg. und in d. dogm. Jahrb. V. S. 129 fg. Vgl. übrigens das österr. bürgerl. Gesetzb. §. 22. 274. 545. 681. Unger Erbr. §. 5. A. 1.

[2] Darüber ausführlich Schirmer §. 4. S. 33 fg. Erbunfähig sind nach R. R.: a) Sklaven [s. jedoch $\alpha$) hinsichtlich der fremden Sklaven: Schirmer S. 39. N. 36. 37., $\beta$) hinsichtlich der eigenen: pr. J. de her. instit. 2. 14. L. 5. 6. Cod. de necess. et serv. her. 6. 27; cf. Gai. II. 185. sq.] und Nichtbürger, daher auch b) capite damnati, L. 1. Cod. de hered. inst. 6. 24. L. 13. D. de b. p. 37. 1. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. hab. 34. 8.; vgl. §. 28. 469. c) Kinder von Hochverräthern, nur mit der Ausnahme, daß Töchter aus mütterlicher Erbschaft den Pflichttheil haben sollten, L. 5. §. 1. 3. 5. i. f. 6. Cod. ad leg. Jul. maiest. 9. 8. (Arcad. et Honor. p. Chr. a. 379.), übereinstimmend die goldene Bulle cap. 24. d) Apostaten und Häretiker, L. 3. pr. (L. 3.) Cod. de apostat. 1. 7. L. 4. §. 2. 6. L. 5. pr. §. 1. (L. 5.) Cod. de haeret. 1. 5. cf. Auth. *credentes* ibid. (§. 34.) e) Die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzt hat, relativ, vgl. §. 418. Eine relative Erbunfähigkeit wird außerdem von Vielen angenommen $\alpha$) bei denjenigen, welche die Erbittung von Vormündern versäumt haben (§. 446.); $\beta$) bei Geschwistern wegen gewisser grober Vergehen gegen den Erblasser nach Nov. 22. cap. 47. pr.; $\gamma$) in Folge einer blutschänderischen Verbindung bei den betheiligten Personen nach L. 4. 6. Cod. de incest. nupt. 5. 5. cf. Nov. 12. cap. 1 . . 3. Andere erkennen darin nur Fälle der Erbunwürdigkeit, welche die Entreißung der Erbschaft nach sich zieht; der letzte Fall ist aber zudem streitig. Vgl. Vangerow II. §. 404. Puchta §. 448. not. c. Köppen Erbr. I. S. 306 fg. A. 37. Windscheid §. 535. A. 9. [Mandry Reichsges. S. 185 fg. (2. Aufl. S. 262.)]

[3] So ist in L. 12. Cod. de hered. instit. 6. 24. L. 1. Cod. de ss. eccles. 1. 2. L. 45 (46). (lex restituta) L. 48 (49). Cod. de episcop. 1. 3. anerkannt. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Th. 39. S. 423 fg., Arndts Th. 46. S. 411 fg., und über den „Entwicklungsgang der Erbfähigkeit jurist. Pers." Binding in d. Ztschr. f. Rtsgesch. VIII. S. 298 fg. In L. 8. Cod. de hered. instit. (Diocles. et Max.) aber findet sich noch die Regel: „Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est," obgleich Vermächtnißfähigkeit längst schon allen anerkannten Collegien zugestanden war (L. 20. D. de reb. dub. 34. 5.). „Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis von jeher so vorherrschend gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist." Arndts im Rechtslex. III. S. 914 (civ. Schr. II. S. 71 fg.).

Vgl. Schirmer §. 4. A. 7..14. Unger Syst. I. S. 341..351. Erbr. §. 5. A. 3. Zudem ist fraglich, ob in L. 8. Cod. cit. die Worte „si nullo" etc. von specieller Verleihung der Erbfähigkeit zu verstehen sind, nicht vielmehr blos von der Erlaubtheit des Collegiums? So Binding a. a. O. S. 301 fg. arg. L. 1. 2. D. de manum. quae serv. 40. 3., wonach schon seit M. Aurelius allen erlaubten Collegien das patronatische Erbrecht bezüglich der von ihnen freigelassenen Sklaven zustand. — Der hereditas iacens ist Erbfähigkeit niemals beigelegt worden, während die Erbeinsetzung eines servus hereditarius mit der Wirkung, daß der nachherige Erbe die Erbschaft antreten konnte, möglich war. Mühlenbruch Th. 39. S. 223 fg. Th. 43. S. 63 fg. Erbeinsetzung derselben kann aber wohl, als Einsetzung des künftigen Erben aufgefaßt, gültig sein. Arndts im Rtslex. IV. S. 5. (civ. Schr. II. S. 4.) A. 28. vgl. unten §. 491. A. 5. Dagegen freilich Schirmer §. 4. A. 16. Windscheid §. 535. A. 16., auch Unger Erbr. §. 14. A. 7. Wie möchte denn etwa folgende testamentarische Verfügung zu beurtheilen sein: „Mein Nachlaß soll der Erbschaft meines vor Kurzem in zerrütteten Vermögensumständen plötzlich verstorbenen jüngsten Bruders zufallen, so zwar, daß dessen künftige Erben alle Schulden desselben, soweit mein Vermögen ausreicht, vollständig zu decken haben"?

[4] [Ueber den „Einfluß der Ordensgelübde auf das Recht zu erben" vgl. Hellmann das gemeine Erbrecht der Religiosen. S. 86 fg.]

## §. 472.

### 3) Antritt der Erbschaft. Acquisition.

Die Berufung zur Erbfolge, d. i. die Delation der Erbschaft, gibt zunächst nur die Möglichkeit, Erbe zu werden. Damit die Erbfolge wirklich eintrete, bedarf es regelmäßig noch einer Willenshandlung des Berufenen (Delaten), wodurch er die Erbschaft annimmt (Acquisition der Erbschaft)[1]. Es versteht sich von selbst, daß auch in diesem Zeitpunkte noch Erbfähigkeit desselben erfordert wird; diese muß vom Zeitpunkt der Delation bis zu dem der Acquisition ununterbrochen vorhanden sein. Gewisse Personen[1a] jedoch werden von selbst Erben, sobald sie zur Erbfolge berufen sind, so daß bei ihnen Delation und Acquisition der Erbschaft in einem Moment zusammenfällt [§. 511.][2].

Anm. [1] L. 151. D. de V. S. Delata hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi. Vgl. Seuffert's Arch. XV. Nr. 273. S. 458. cf. pr... §. 3. J. de hered. qual. 2. 19. Dig. de acquir. vel omitt. hereditate. 29. 2. „Berufung zur Erbfolge" ist uns gleichbedeutend mit Delation der Erbschaft oder des Erbrechts. Vgl. Sintenis III. §. 159. Dieser Sprachgebrauch ist jedoch nicht allgemein anerkannt. Puchta §. 449. 450. Köppen S. 249 fg., vgl. Windscheid §. 530. A. 1. [s. unten §. 507. A. 1.]. [Manche unterscheiden unnützerweise „Successionsgrund" und „Delationsgrund". S. darüber Fr. Behr §. 2. (vgl. oben §. 470. A. 1.); vgl. Schröder Notherbenrecht §. 24.]

[[1a] Gehören zu diesen auch die Vertragserben? Schmidt in Böhlau's Mag. I. S. 76 fg.]

[[2] Während hier der Erwerb schon durch die Delation erfolgt, gab es im ältesten R. auch einen Erwerb ohne Delation: die Ersitzung des Erbrechtes (usucapio pro herede). Allerdings hatte auch der Ersitzende einen Rechtssatz für sich, aber einen allgemein zulassenden, nicht einen speciell berufenden; er hat keinen „Erbrechtstitel". — Man beachte diesen Zusammenhang: dominium hereditatis (§. 464. A. 1.), bon. possessio = hereditatis i. e. iuris poss. (Labeo, L. 3. §. 1. 2. D. 37. 1.), usucapio hereditatis (Pfaff u. Hofmann Comm. II. S. 7. N. 26., and. M. ist Hölder S. 129 fg.). — Seit Cicero's Zeit sollte nicht mehr das Erbrecht, sondern nur das Eigenthum der corpora hereditaria ersessen werden; dennoch hafteten dieser Ersitzung Eigenthümlichkeiten an (in Betreff der fides und der Zeit), welche sich nur aus ihrer ursprünglichen Bedeutung erklären. Auch in dieser neueren Gestalt wurde diese „improba usucapio" später theils unwirksam, theils sogar verpönt. Vgl. übhpt. Gaius II. 52..58., Keller Grundriß §. 274., Scheurl Inst. §. 194. und Beiträge II. S. 46 fg., Müller §. 206. III. d. S. 837 fg.), Kuntze Excurse (2. Aufl.) S. 617 fg. Voigt die XII Tafeln II. S. 375 fg. — Wesentlich anders ist die gleichnamige usuc. im Justin. R. (s. oben §. 159. A. 3. lit. c; vgl. §. 533. A. 2.). „Usucapio pro her." hat demnach mehrere Bedeutungen: 1. Erbrechts-E. 2. Eigenthums-E. a) die alte (improba) usuc., b) die neue (proba) usuc. $\alpha$) s. §. 159. A. 3. c$\alpha$, $\beta$) s. ebd. c$\beta$. Das österr. R. verwirft sie in allen Bedeutungen; selbstverständlich in der Bed. 1. und 2a.; aber auch in der Bed. 2b., und zwar im Falle $\alpha$), weil „die Erben die Erblasser vorstellen, (also) nicht mehr Titel haben, als dieselben" (§. 1462.); im Falle $\beta$), weil ein Putativ-Titel nach österreich. R. nicht genügt. Auch hierher gehört die in §. 465. A. 1. a. E. cit. Schrift von Marcusen.]

## II. Von der Berufung zur Erbschaft.

### A. Von der gesetzlichen Erbfolge.

### §. 473.

In Ermangelung eines Testaments, sei es, daß der Erblasser ein gültiges Testament gar nicht hinterlassen, oder daß das hinterlassene später seine Geltung verloren hat, werden zunächst die Verwandten des Verstorbenen in bestimmter Rangordnung zur Erbfolge berufen, nach ihnen der überlebende Ehegatte. Hiernach bestimmt sich die ordentliche Intestaterbfolge. Gewissen Personen aber wird unabhängig von der regelmäßigen Erbfolgeordnung neben Andern, welche dieser gemäß Erben werden, ein gewisser Theil der Erbschaft angetragen. Man kann diese Fälle passend als außerordentliche Erbfolge bezeichnen. Demnach unterscheiden wir 1) die ordentliche Erbfolge der Verwandten, 2) die ordentliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten, 3) die Fälle der außerordentlichen Intestaterbfolge.

Anm. Vgl. überhaupt: Glück hermeneutisch-syst. Erörtr. d. L. von der Intestaterbfolge, 1803. (2. Aufl. 1822.). Roßhirt Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts, besonders nach römischen Quellen, 1831. Arndts Intestaterbfolge (römische) im Rtslex. V. S. 668..700. (civ. Schr. II. 36. S. 31

bis 65.). Schirmer Handb. §. 9..16. S. 125..297. Windscheid §. 569..574. (nach d. L. v. d. testamentarischen Berufung). — Ueber deutsche Intestaterbfolge s. Brackenhoeft im Rtslex. V. S. 700..798. [Siegel d. deutsche Erbrecht, 1853. Amira Erbenfolge 1874.]

## 1) Die ordentliche Erbfolge der Verwandten.

### a) Berechtigung zur Verwandtenerbfolge.

### §. 474.

#### α) Im Allgemeinen.

Das ältere Civilrecht gründete die gesetzliche Erbfolge auf die civilrechtliche Verwandtschaft oder Agnation[1]. Nachdem dieses Erbsystem theils durch die prätorische Intestaterbfolge[2], theils durch eine Reihe von Gesetzen, welche unabhängig von der Agnation ein civilrechtliches Erbrecht verliehen[3], durchkreuzt worden war, hat Justinian endlich durch die Nov. 118. eine neue einfache Ordnung der gesetzlichen Erbfolge aufgestellt, welche, unter Beseitigung jeden Vorzugs der Agnaten, nur auf die Verwandtschaft überhaupt (Cognation) gegründet ist[4], und in gleicher Weise auf den Nachlaß der bis zu ihrem Tode noch der väterlichen Gewalt untergebenen, wie der gewaltfreien Personen Anwendung findet[5]. Die Erbberechtigung erstreckt sich darnach, ohne Unterschied der Geschlechter, auf alle Grade der Verwandtschaft, soweit diese nur erweislich ist[6]. Wie Verwandtschaft selbst ein gegenseitiges Verhältniß ist, so ist nun auch die darauf allein gegründete Möglichkeit des Erbrechts regelmäßig eine gegenseitige.

Anm. [1] Nach altem Civilrecht waren, abgesehen von der Beerbung manumittirter Personen, legitimi heredes: a) diejenigen Familienmitglieder, welche durch den Tod des Erblassers sui iuris geworden, sui heredes, b) die nächsten Agnaten, jedoch von weiblichen nur die Schwester, consanguinea, c) die Gentilen, die aber schon zur Zeit des Gaius weggefallen waren. Vgl. Gai. III. 1..17. Ulp. tit. 26. Pauli sentt. IV. 8. Collat. tit. 16. Inst. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. 3. 1. Dig. de suis et legitimis heredibus. 38. 16. [Rivier §. 23. Leist Graecoital. Rechtsgeschichte S. 94 fg.]

[2] Die bonorum possessio intestati wurde deferirt a) ex edicto unde liberi den suis heredibus und den aus der väterlichen Gewalt gelösten nicht in fremder Familie befindlichen Kindern, namentlich den emancipirten, b) ex edicto unde legitimi den legitimis heredibus (A. 1.), c) ex edicto unde cognati allen Cognaten je nach der Nähe des Grades bis zum 6. Grade einschließlich und noch einigen [sobrino sobrinave natus natave] des 7. Grades, d) zuletzt ex edicto unde vir et uxor dem überlebenden Ehegatten. Besondere Klassen kamen zudem noch vor, wenn der Erblasser eine ex servitute oder mancipio manumittirte Person war. Vgl. Gai. III. 18..31. Ulp. tit. 28. Inst. de successione cognatorum. 3. 5.; de

bonor. poss. 3. 9. Dig. si tabulae testamenti nullae extabunt unde liberi. 38. 6. (cf. D. de coniungendis cum emancipato liberis eius. 37. 8.), unde legitimi. 38. 7., unde cognati. 38. 8., unde vir et uxor. 38. 11. Cod. unde liberi. 6. 14., unde legitimi et unde cognati. 6. 15., unde vir et uxor. 6. 18. [Rivier §. 24.]

[3] Ein neues civiles Erbrecht erhielten a) als Verwandte in absteigender Linie vor andern die Kinder gegen die Mutter durch das *Sc. Orphitianum* ex oratione Marci et Commodi (a. 178. p. Chr.), sodann (seit a. 889.) durch Constitutionen Enkel gegen die mütterlichen Großeltern und die väterliche Großmutter, jedoch vorerst unter Beschränkungen, die gänzlich erst durch Nov. 18. cap. 4. beseitigt wurden; b) unter den Verwandten in aufsteigender Linie die Mutter durch das *Sc. Tertullianum* zu Hadrian's Zeit, jedoch unter eigenthümlichen Voraussetzungen und Beschränkungen, die aber später zu ihrem Vortheil geändert wurden; c) unter den Seitenverwandten alle weiblichen Agnaten ohne Beschränkung in Ansehung des Grades, und die nicht agnatischen Geschwister und deren Kinder, zuletzt nach Nov. 84. mit einem Vorzug der vollbürtigen vor den halbbürtigen. Vgl. Theod. Cod. de legit. heredibus. 5. 1. Inst. de Sc. Orphitiano. 3. 4., de Sc. Tertulliano. 3. 3., Dig. ad Sc. Tertullianum et Orphitianum. 38. 17., Cod. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. 6. 55., ad Sc. Tertull. 6. 56., ad Sc. Orphit. 6. 57., de legitimis heredibus. 6. 58., communia de successionibus. 6. 59. §. 15. 16. J. de hered. ab int. 3. 1. §. 3 . . 3b. (3). 4. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. §. 1. J. de succ. cognat. 3. 5. — Ueberhaupt s. Vangerow §. 405 . . 410. Arndts im Rtslex. V. S. 669 . . 678. (civ. Schr. II. S. 32 . . 42). Keller Pand. §. 461 . . 464. Schirmer S. 127 . . 171. [Müller Institutionen §. 199. Rivier §. 25.]

[4] Die Novelle 118. (im Authenticum [Wiener Handschr.] 118.; [unter den gewöhnlichen 97 Authenticen: Coll. IX. tit. 1. Biener Geschichte der Nov. S. 545. 550.]), erlassen im Jahr 543. n. Chr. in griechischer Sprache, sagt in der praef. nach der vulgata versio: „Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos (*μεταξὺ τῶν συγγενῶν*) ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones (*τὰς ἐξ ἀδιαθέτου τῆς συγγενείας διαδοχάς*) per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus"; sodann in cap. 4: „Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur: sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam (*τὴν τῶν* agna*τῶν τε καὶ* cogna*τῶν διαφοράν*) vacare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive (vel) per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato (*κατὰ τὸν τῆς ἰδίας συγγενείας βαθμὸν εἰς τὴν ἐξ ἀδιαθέτου τῶν συγγενῶν διαδοχὴν*) venire praecipimus." Das griechische *συγγένεια*, *συγγενεῖς* entspricht dem lateinischen cognatio, cognati im weiteren, agnati und cognati umfassenden Sinn (L. 10. §. 1. D. de grad. 38. 10.); zur Bezeichnung dieses Gegensatzes behält der griechische Text die lateinischen Worte bei. Im Begriffe und in den Voraussetzungen der zur Erbfolge berechtigenden Cognatio ändert die Novelle nichts

(vgl. A. 6.); sie ist überhaupt nur ein allgemeines Gesetz, das wesentlich nur eine neue Feststellung der Erbfolgeordnung bezweckt und die fortdauernde Geltung besonderer Bestimmungen des vorherigen Rechts nicht schlechthin ausschließt (s. oben §. 10.).

5 Nach älterem Recht konnten diejenigen, welche als personae alieni iuris starben, überhaupt nicht, also auch nicht ab intestato beerbt werden (§. 469.), und auch, nachdem in Ansehung des peculium castrense und quasi castrense testamentarische Erbfolge zugelassen war, fand doch in Ermangelung derselben nicht Intestaterbfolge statt, sondern fiel das fragliche Vermögen iure peculii dem Vater anheim. Nachdem aber gewisse Güter der Proprietät nach den Kindern vorbehalten worden, wurde bezüglich derselben auch eine Intestaterbfolge eingeführt, jedoch nur zu Gunsten gewisser Verwandten (Descendenten, Geschwister, Mutter), die dann jenes Heimfallrecht des Vaters ausschlossen. L. 10. §. 2. Theod. Cod. de mat. bon. 8. 18. Nov. Theod. II. tit. XIV. §. 8. [Corp. iur. Bonn. Nov. const. ed. Haenel col. 54.] L. 4. §. 1. 2. (L. 4.). Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 7. §. 1. 2. (§. 1.) Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. So denn nach Just. Recht in Ansehung aller sog. bona adventitia (§. 432.. 434.), L. 11. Cod. comm. de succ. 6. 59., was nun begreiflich auch auf das peculium castrense und quasi castrense angewendet wurde, pr. J. quib. non est perm. 2. 12. cf. L. 17. D. de castrensi pec. 49. 17. L. 33 (34). Cod. de episcop. 1. 3., vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 677. (civ. Schr. II. S. 40) fg. Schirmer I. S. 171 bis 188. Durch Nov. 118. sind nun auch diese Besonderheiten ganz beseitigt und gilt darnach bezüglich des Nachlasses der Kinder in väterlicher Gewalt die gleiche Intestaterbfolge wie sonst. Vgl. cap. 2. in f. „differentia nulla servanda ... sive suae potestatis sive sub potestate fuerit is cui succedunt" (§. 477. A. 2.); cap. 4. in f. (A. 4.).

6 Nov. 118. cap. 3. §. 1.: „Omnes deinceps a latere cognatos (πάντας τοὺς ἐφεξῆς ἐκ πλαγίου συγγενεῖς) ad hereditatem vocamus" (§. 477. A. 7.). Vgl. L. 4. pr. D. de grad. 38. 10. Non facile autem quod ad ius nostrum attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur. Aus der Vergleichung dieser Stelle mit Nov. 118. l. c. leitet Schirmer S. 189. A. 157. den Schluß ab, daß Justinian den alten Begriff der Cognation verlassen habe und seine neue Erbordnung nicht auf den Cognationsbegriff, sondern nur auf das Descendenten-, Ascendenten- und Collateralen-Verhältniß gegründet habe, und daraus mochte er denn weiter mit Löbenstern folgern, daß es nach Nov. 118. nicht mehr darauf ankomme, ob der Verwandte schon bei Lebzeiten des Erblassers wenigstens als nasciturus existirte, (§. 471. A. 1. a.). Dies wäre in dem Falle wichtig, wenn die Intestaterbfolge überhaupt nicht sofort nach dem Tode des Erblassers (§. 470. A. 1.) oder nach §. 478. erst später entfernteren Verwandten deferirt wird; denn daß bei der Delation Verwandte, die dann noch nicht erzeugt sind, in Betracht kommen könnten, fällt Niemanden ein. Allein jener Schluß ist unberechtigt.

## §. 475.

### β) Vermöge der Adoptivverwandtschaft.

Die Adoption begründet 1) wenn sie Arrogatio oder vollkommene Adoptio i. e. S. ist, nach römischem Recht ein vollkommenes gegenseitiges Verwandtenerbrecht zwischen dem Adoptirten und dessen agnatischen Descendenten einerseits und dem Adoptivvater und dessen Agnaten anderer-

seits[a], so lange das Adoptivverhältniß besteht[b]; zugleich aber bleibt das cognatische Erbrecht zwischen dem Adoptirten und seinen natürlichen Verwandten, auch zwischen jenem und dessen natürlichem Vater, bestehen[c]. 2) Die unvollkommene Adoption erzeugt nur ein durchaus exceptionelles Kindeserbrecht des Adoptirten gegen den Adoptirenden[d]. 3) Die Adoption durch eine Frau hat ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dieser als Adoptivmutter und dem Adoptivkinde zur Folge, das sich dann auch auf die Nachkommen des letzten, nicht aber auf andere Verwandte der einen und des andern erstreckt[e].

Anm. Daß der plene adoptatus auch gegen den natürlichen Vater noch ein Kindeserbrecht behalte und umgekehrt, ist in neuerer Zeit bestritten von Löhr im Mag. III. S. 397 fg., Puchta §. 454. [not. e.] und Mühlenbruch §. 633. A. 4., Erläutr. der Pand. Th. 35. S. 173 fg.; der letzte leugnet jedes Erbrecht unter ihnen; hauptsächlich wegen L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. 37. 4. und L. 10. §. 1 c. (L. 10. pr. i. f.) Cod. de adopt. 8. 47 (48). Vgl. dagegen Gai. III. 31. §. 13. 14. J. de hered. ab int. 3. 1. L. 1. §. 4. D. unde cogn. 38. 8. (cf. L. 3. §. 7. 8. L. 21. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4.) L. 10. §. 5. Cod. de adopt. 8. 47 (48). Büchel a. a. O. S. 18 fg. Vangerow II. §. 412. Arndts im Rtslex. V. S. 686 (civ. Schr. II. S. 49.) fg. Schirmer §. 11. Windscheid §. 571. A. 10. [Zu diesem Paragraphen überhaupt H. Bauer de iure haereditario adoptivorum, Berlin 1866.]

## §. 476.

### γ) Vermöge unehelicher Verwandtschaft.

Die uneheliche Verwandtschaft steht 1) soviel das Verhältniß des unehelichen Kindes und seiner Nachkommen zu der Mutter und deren übrigen Verwandten betrifft[1], der ehelichen gleich[a]. Hingegen 2) in Beziehung zu ihrem Erzeuger gelten die unehelichen Kinder nicht als vollberechtigte Cognaten[b]; zwischen diesen und jenem, sowie ihren beiderseitigen Verwandten besteht regelmäßig nicht[c] das ordentliche Erbrecht der Verwandten[2]. Jedoch stehen a) die legitimirten Kinder[3] den ehelichen gleich[4], ebenso b) die Kinder aus einer putativen, aber in gehöriger Form eingegangenen Ehe; nur hat derjenige von den Eltern, welcher das Ehehinderniß kannte, kein Erbrecht gegen jene[e]; c) nach der Praxis haben auch die Brautkinder ein Erbrecht gegen den Vater, wenn nämlich ein gültiges Verlöbniß bestand, und nur durch den Tod

[a] L. 1. §. 4. D. unde cognati. 38. 8. L. 4. §. 2. 10. L. 5. D. de grad. 38. 10. L. 10. 11. D. de adopt. 1. 7. cf. §. 425. A. 1. [b] L. 3. D. unde cogn. 38. 8. [c] L. 1. §. 4. L. 5. D. l. c. §. 13. 14. in f. J. de hered. ab int. 3. 1. §. 1. §. 3. J. de succ. cognat. 3. 5. Nov. 118. cap. 1. 2. 4. cf. §. 425. A. 2. [d] L. 10. §. 1 e. 1 g. (§. 1.) Cod. de adopt. 8. 47 (48). §. 14. J. de hered. ab int. 3. 1. cf. §. 425. not. g. [e] L. 5. Cod. de adopt. 8. 47 (48). cf. §. 438.

[a] L. 2. 4. 8. D. unde cognati. 38. 8. [b] §. 12. J. de nupt. 1. 10. L. 4. D. cit. [c] cf. Cod. de natural. lib. 5. 27. Nov. 89. [d] L. 10. pr. §. 3. (L. 10.) Cod. l. c. 5. 27. Nov. 89. cap. 8. [e] cap. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint legitimi. 4. 17.

des Bräutigams oder der Braut oder durch ungegründete Weigerung des Bräutigams die Ehe verhindert wurde[4].

Anm. [1] Vgl. Seuffert's Arch. I. 256. Justinian hat davon durch eine ipsi pudicitiae dedicata lex eine durch Nov. 118. nicht beseitigte, heutzutage aber unpraktische Ausnahme gemacht: die mater illustris soll von ihrem unehelichen Kinde nicht beerbt werden, wenn sie andere rechtmäßige Kinder hinterläßt. L. 5. §. 1. (L. 5.). Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. — Streitig aber ist, ob auch die ex damnato coitu (Ehebruch, Bigamie oder Incest) erzeugten Kinder zu den erbfähigen Verwandten der Mutter zu zählen sind? Puchta §. 41. [not. l.] §. 455. [not. h.]. Glück Intestaterbf. §. 136. Schirmer I. S. 224 fg. A. 39..44. Nur in Betreff der ex incestis nuptiis procreati wird es verneint von Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 158 fg., Windscheid §. 571. A. 13. 14. u. a., nach L. 6. pr. §. 1. (L. 6.). Cod. de incest. nupt. 5. 5., die aber Andere durch Nov. 12. cap. 1. für beseitigt halten. Roßhirt a. a. O. S. 211 fg. Vangerow §. 413. A. 2., vgl. Seuffert's Arch. I. 257. [Vgl. auch den Auff. v. Fr. Zimmermann im prakt. Arch. XIII. n. F. S. 333 fg.]

[2] Vgl. Seuffert's Arch. VI. 223. VII. 202.

[3] Bestritten ist dies bezüglich der durch Rescript legitimirten Kinder, wenn noch eheliche da sind: arg. Nov. 74. cap. 1. 2. Nov. 89. cap. 9. 11., vgl. §. 421. A. 3. [auch Seuffert's Arch. VII. 332.]. Die heutzutage unpraktische Legitimation per oblationem curiae begründete nur zwischen dem Legitimirten und dem natürlichen Vater, nicht auch dessen Verwandten, ein Erbrecht. Nov. 89. cap. 2..4. 11. pr.

[4] Diese Praxis stützt sich auf cap. 12. X. l. c. 4. 17. Vgl. Glück §. 155. Comm. II. S. 113 fg. Puchta §. 41. not. k. Mayer Erbr. I. S. 191..196. Schirmer §. 12. A. 12..19. Seuffert's Arch. VIII. 65. 66. IX. 189. XV. 143. Dagegen Seuffert's Arch. V. 200. [XII. 344. XXV. 40.]. Heffter in Linde's Ztschr. n. F. XX. 9. — Nach einer andern Meinung soll bei grundloser Weigerung des Bräutigams die Ehe bezüglich ihrer civilrechtlichen Wirkungen durch richterliches Urtheil in contumaciam für geschlossen erklärt und so das Brautkind dem ehelichen völlig gleichgestellt werden. Böhmer ius eccles. IV. 3. §. 49. 50. Längst aufgegeben ist eine dritte Meinung, wornach durch den Beischlaf das Brautverhältniß (sog. sponsalia de futuro) in eine wirkliche Ehe (sog. sponsalia de praesenti) verwandelt wäre. — Ob in dem vorliegenden Falle auch der Vater gegen das Kind ein gesetzliches Erbrecht habe? Zimmermann im civ. Arch. XXXVIII. 9. Seuffert's Arch. VIII. 66. IX. 189. Schirmer A. 19.

### b) Erbfolgeordnung der Verwandten.

### §. 477.

#### *a)* Klassen derselben.

Die Ordnung, in welcher die Verwandten zur Erbfolge berufen werden, wird zunächst durch Eintheilung derselben in vier Klassen (ordines) bestimmt, von denen je die vorstehende die folgenden ausschließt. Diese sind:

1) Kinder und Kindeskinder oder Descendenten aller Grade; jedoch werden die Nachkommen des zweiten, dritten Grades u. s. w.

durch ihren noch lebenden erbfähigen Parens, durch welchen ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt wird, von des letzten Beerbung ausgeschlossen; sie rücken nur in die Stelle des ersten ein, wenn er selbst nicht zur Erbfolge berufen ist[1].

2) Aeltern (Ascendenten), vollbürtige Geschwister, Söhne und Töchter vollbürtiger Geschwister[2]. Von den ersten gehen immer die dem Grade nach nähern den entfernteren, also Vater[3] und Mutter allen andern [nicht blos den eigenen] Ascendenten vor. Als vollbürtige Geschwister erben nur diejenigen, welche durch Vermittlung beider Aeltern mit einander in einer zur ordentlichen Erbfolge berechtigenden Verwandtschaft stehen; uneheliche Kinder derselben Aeltern und Adoptivgeschwister sind als solche nur für halbbürtige anzusehen[4]. Kinder von Geschwistern erben, wie in der ersten Klasse die Enkel, nur, sofern ihr Parens nicht mehr zur Erbschaft berufen ist[5].

3) Halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwister Kinder, in gleichem Verhältniß zu einander, wie in der zweiten Klasse die vollbürtigen und Kinder von solchen[6].

4) Alle übrigen Seitenverwandten, ohne Unterschied zwischen vollbürtigen und halbbürtigen, aber so, daß der nähere Grad immer den entfernteren ausschließt[7].

Anm. [1] Nov. 118. cap. 1. — Das Recht des Enkels oder Urenkels, an die Stelle des Parens zu treten, pflegt man Repräsentationsrecht zu nennen. Der Ausdruck ist unverfänglich, wenn nur nicht die (jetzt [fürs gem. R.] allgemein aufgegebene [aber in manchen Codificationen noch fortwirkende]) Idee damit verbunden wird, daß die Enkel nicht kraft eigenen Rechts, sondern blos als Erben ihres Parens neben Söhnen und Töchtern den Großvater beerben können. Vgl. Unger Erbr. §. 33. A. 4. [und bes. Gruchot III. S. 50 . . 58.]

[2] Nov. 118. cap. 2.

[3] Bei Adoptivkindern können nach §. 475. zwei Väter concurriren. Emancipirte Kinder dagegen konnten nach dem Recht vor Nov. 118. von dem Emancipator als solchem (parens manumissor), gleich wie der Freigelassene von seinem Patron, also nicht der Verwandtschaft wegen, beerbt werden. §. 8. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. L. 10. D. de suis. 38. 16. L. 2. §. 15. 16. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. cf. L. 6. Cod. de emancipat. 8. 48 (49). L. 4. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57. L. 7. §. 1. Cod. ad Sc. Tertull. 6. 56. L. 13. Cod. de legit. hered. 6. 58. Ob dieses besondere Erbrecht durch Nov. 118. aufgehoben sei, ist streitig. Es ist kaum möglich, dasselbe mit der neuen Ordnung zu vereinigen (Arndts im Rtslex. V. S. 681, civ. Schr. II. S. 45.), daher nicht zu kühn, es für stillschweigend beseitigt zu halten; in der Praxis ist es jedenfalls als antiquirt angesehen. Vgl. Mayer Erbr. I. §. 85. A. 5. 6. Mühlenbruch a. a. O. Th. 35. S. 219 fg. Th. 37. S. 356 fg. Schirmer I. S. 191. A. 157a. Ad. Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor [1868.] S. 153 fg.

4 Wenn mit halbbürtiger natürlicher Verwandtschaft die Adoptivverwandtschaft sich verbindet, z. B. mehrere uneheliche Kinder derselben Mutter von Einem adoptirt werden, so sind diese als vollbürtige Geschwister anzusehen. Zwar sind Manche anderer Meinung, weil die Nov. 118. cap. 3. „ex eodem patre et ex eadem matre natos“ nennt (τοὺς ἐκ τοῦ αὐτοῦ πατρὸς καὶ τῆς αὐτῆς μητρὸς τεχθέντας). Schirmer S. 249. A. 17. (nach welchem jene „zwar doppelt Halb-, aber darum doch nicht Vollgeschwister“ wären). Allein die Novelle denkt überhaupt nicht an Adoptivverwandtschaft; wenn nun diese gleichwohl zu berücksichtigen ist (§. 475.), so muß consequent der Umstand entscheiden, daß jene Geschwister utroque parente coniuncti defuncto (ἐξ ἑκατέρων γονέων συναπτόμενοι τῷ τελευτήσαντι) oder nach dem Ausdruck der Nov. 84. praef. c. 1. §. 1. 2. zugleich consanguinei und uterini unter einander sind. Arndts im Rtslex. V. S. 690. (civ. Schr. II. S. 54.) A. 143.

5 Nach der Nov. 118. cap. 3. pr. in f. sollten die Geschwisterkinder nicht erben, wenn außer Geschwistern des Erblassers auch noch Ascendenten da waren. Justinian hat dies geändert durch Nov. 127. cap. 1. Dagegen für den Fall, wenn Geschwisterkinder nur mit Ascendenten concurriren, hat Justinian nichts geändert; Arndts a. a. O. S. 692 (56).; doch hat die Praxis die Nov. 127. auch auf diesen Fall ausgedehnt, Glück S. 639 fg., was auch als der Absicht Justinian's entsprechend neuerdings vertheidigt wird von Helmolt civ. Abh. I. S. 12 fg. arg. Juliani epit. ad h. l., vgl. Puchta Vorles. zu §. 457. Keller Pand. S. 895. A. 7.; dagegen Schirmer S. 251. A. 22., aber unter Anerkennung der Praxis. Auch diese aber ist verworfen durch ein neueres Erkenntniß in Seuffert's Arch. V. 300. Uebrigens kann man auch dieses Recht der Geschwisterkinder nur in demselben Sinne, wie das der Enkel nach A. 1., ein Repräsentationsrecht nennen; grundlos ist es, wenn man, wie Glück §. 24. der 2. Aufl., hier die falsche Idee damit verbindet, die man dort als solche verwirft.

6 Nov. 118. cap. 3. pr. „His autem non existentibus“ etc. vgl. A. 2.

7 Nov. 118. cap. 3. §. 1. Si vero neque fratres neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividitur, quod in capita nostrae leges appellant.

## §. 478.

### β) Nacheinanderfolge der verschiedenen Klassen und Grade.

Die genannten vier Klassen stehen in dem Verhältniß zu einander, daß die Verwandten einer folgenden Klasse ausgeschlossen sind, so lange noch Verwandte einer vorhergehenden Klasse Erben werden können. Allein wenn entschieden ist, daß kein Verwandter der zunächst berufenen Klasse Erbe wird, so wird nunmehr die nächstfolgende Klasse berufen. Dies ist die sog. *successio ordinum*. Ebenso findet auch in einer Klasse eine Nacheinanderfolge der verschiedenen Grade statt, sog. *successio graduum*[1]; wenn von denjenigen, welchen als näheren Verwandten die Erbfolge angetragen war, keiner Erbe wird, so werden nunmehr die des

nächstfolgenden Grades berufen. Dies gilt unbestritten in der vierten Klasse, und in der zweiten zu Gunsten der entfernteren Ascendenten, wenn die vor ihnen berufenen Erben wegfallen. Es ist aber auch in der ersten Klasse zu Gunsten der entfernteren Nachkommen zu behaupten, und in der zweiten und dritten Klasse zu Gunsten der Geschwisterkinder, die durch ihren zunächst berufenen Parens von der Erbfolge ausgeschlossen waren[2], wenn weder dieser noch andere mit ihm berufene Verwandte wirklich Erben werden[3].

Anm. [1] Die sog. successio ordinum et graduum galt bei der alten Civilerbfolge nicht; es war Regel: in legitimis hereditatibus successio non est. Gai. III. 12. Ulp. XXVI. 5. Pauli sentt. IV. 8. §. 23. Sie wurde zuerst bei der bonorum possessio intestati bezüglich der Klassen, und in der Klasse der Cognaten bezüglich der Grade eingeführt. Dig. de successorio edicto. 38. 9. Cod. 6. 16. cf. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. cf. Theophil. ad §. 11. J. de grad. cogn. 3. 6. Justinian führte sie auch in der civilrechtlichen Erbfolge ein, L. 15. §. 3. Cod. de legit. hered. 6. 58. §. 7. J. de legit. agnat. succ. 3. 2. cf. supplem. ad L. 4. §. 20. Cod. de bon. lib. 6. 4. (rest. aus den Basil. XLIX. 1. cap. 28.); und so ist sie denn in das Recht der Nov. 118. übergegangen. [S. noch Kohler Stammeinheit und Nachberufung; im civ. Arch. LIX. 4.]

[2] Bestritten ist beides von Puchta §. 458. not. e.; „denn nicht der Grad ist es, der hier den entferntern ausgeschlossen hat". Dagegen Vangerow §. 420. Arndts a. a. O. S. 694 (civ. Schr. II. S. 58). Nur für Geschwisterkinder leugnet, aus andern Gründen, die successio graduum Büchel a. a. O. S. 118. 171 fg.; sie sollen, wenn ihr Parens wegfällt, erst in der vierten Klasse als Verwandte dritten Grades erben. Dagegen Vangerow a. a. O. [und §. 416. A. 1.] Helmolt Abh. I. S. 2 fg. Schirmer §. 15. A. 18..23. Windscheid §. 573. A. 4. Eine eigene Ansicht stellt darüber Tewes Erbr. §. 19. (I. S. 126 fg.) auf. Successio graduum zu Gunsten der entfernteren Descendenten und der Geschwisterkinder soll stattfinden, wenn die Vorberufenen nach der Delation mit Tod abgegangen sind, nicht auch, wenn sie die Erbschaft ausgeschlagen haben. Diese Meinung beruht auf unrichtiger Verwendung des Repräsentationsbegriffs (§. 477. A. 1. 5.) und willkürlichen Billigkeitsrücksichten. Der Verf. meint, es widerspreche nicht der natürlichen Billigkeit, daß Jemand durch eigenes Ausschlagen auch seine Kinder der Erbschaft untheilhaftig mache. Aber wenn dann der Parens die Erbschaft ausschlägt aus Stolz oder Widerwillen gegen den Erblasser oder gegen seine eigenen Kinder, oder aus Leichtsinn, oder weil er sich der Wohlthat des Inventars verlustig gemacht hat? Wird der Verf. es billigen, daß die Erbschaft nun mit Ueberspringung der Kinder entfernten Seitenverwandten zufällt? Vgl. übrigens Unger Erbr. §. 33. A. 2. [Kohler a. a. O. S. 106 fg.] Joh. Merkel d. L. v. d. successio graduum unter Intestaterben, 1876. §. 2..6. 13. [drbr. Schirmer in d. krit. Vjschr. XIX. S. 165 fg.].

[3] Es ist jedoch eine sehr streitige Frage, ob nicht, wenn nicht alle Mitberufenen erwerben, für den Theil des Nichterwerbenden eine successio graduum statthabe? Windscheid A. 5. Darüber unten §. 518. A. 2.

## §. 479.

### c) Theilung der Erbfolge unter Mehrere.

Wenn mehrere zugleich zur Erbfolge berufen sind, so theilt sich diese in der Regel unter sie zu gleichen Theilen (in *capita*, nach Köpfen). So unter mehreren Kindern des ersten Grades, unter Ascendenten und Geschwistern, Geschwistern allein, Geschwisterkindern allein, und durchaus in der vierten Klasse. Aber 1) in der ersten Klasse erhalten Enkel von einem Sohne oder einer Tochter des Erblassers je zusammen nur den Erbtheil, der ihrem vorverstorbenen oder sonst nicht erbfähigen Parens zugekommen wäre, und ebenso Urenkel u. s. w.; die Erbfolge theilt sich nach Descendentenstämmen (successio in *stirpes*). 2) Dasselbe gilt in der zweiten und dritten Klasse bezüglich der Geschwisterkinder, wenn sie mit andern Erben dieser Klasse zusammentreffen. 3) Unter mehreren gleich nahen allein erbenden Ascendenten der höheren Grade, väterlicher und mütterlicher Seite, theilt sich die Erbfolge nach Linien (successio in *lineas*), d. h. so daß die eine Hälfte den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern zufällt[1]. In Fällen dieser Art kann zufolge mehrfacher Verwandtschaft auf dieselbe Person ein mehrfacher Erbtheil kommen[2]. Die Art der Theilung bestimmt sich darnach, welche Personen berufen, nicht darnach, welche wirklich Erben geworden sind[3]. Der Ursprung der Güter des Erblassers kommt, einen Fall ausgenommen, nicht in Betracht[4] [5].

Anm. [1] Vgl. überhaupt §. 477. A. 1. 2. 4 .. 6. Die Art der Theilung unter Kindern verschiedener Geschwister, wenn sie allein berufen sind, war streitig seit der Zeit der Glossatoren; Accursius vertheidigte die Theilung nach Stämmen [vgl. die analoge Entscheidung hinsichtlich der Enkel in §. 6. J. de hered. ab intest. 3. 1.]; Azo die nach Köpfen, die auch der Byzantiner Harmenopulos V. 8. §. 15. [Ausg. von Heimbach p. 630.] annimmt. Vgl. Glück S. 664 .. 705. (welcher selbst in der 1. Aufl. der Meinung des Azo, in der 2. einer Mittelmeinung huldigt). Der [Speiersche] R.-A. von 1529. [§. 31.] aber hat [dem Einflusse des Zasius folgend, s. Stintzing Ulrich Zasius S. 140 fg., Gesch. d. deutsch. Rechtswiss. S. 167.] entschieden: „Wann einer unteftirt abstirbt und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben eines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämme erben und dem Verstorbenen ihrer Vater oder Mutter Brüder oder Schwester dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen." Vgl. Schirmer §. 16. A. 30 .. 38. — Tewes Erbr. I. S. 101 fg. will diese Entscheidung auch dann aufrecht erhalten, wenn Kinder mehrerer Geschwister nur mit Ascendenten concurriren (§. 477. A. 5.), so zwar, daß alsdann die Gesammtportion der ersten zunächst nach der Zahl der concurrirenden Geschwisterstämme und Ascendenten ermittelt, dann aber unter die Geschwisterkinder nach Köpfen getheilt werde. Dagegen Schirmer S. 277. Dworzak in Haimerl's Vjschr. XIII. Lit. S. 36.

[2] So kann z. B. im Falle 1) das Kind von Geschwisterkindern bei Beerbung des Urgroßvaters, im Falle 3) der väterliche und mütterliche Großvater bei Beerbung des von einem Enkel und einer Enkelin erzeugten Urenkels einen zweifachen Erbtheil erhalten. Auch in der dritten Klasse (Nr. 2.) kann dasselbe vorkommen zu Gunsten des Kindes von zwei Stiefgeschwistern bei Beerbung des halbbürtigen Bruders der beiden Eltern, und selbst auch in der zweiten Klasse zu Gunsten des in putativer Ehe von zwei leiblichen Geschwistern des Erblassers erzeugten Kindes. Schirmer I. S. 286 fg.

[3] Einige halten, unter Berufung auf L. 2. Cod. ad Sc. Orphit. 6. 57., den schwankenden und ungleichen Zeitpunkt der Acquisition der Erbschaft für den entscheidenden. Mayer Anwachsungsrecht S. 251 fg. Witte im Rtslex. I. S. 278 fg. Dagegen vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. Th. 43. S. 292 fg. Vangerow §. 421. Arndts a. a. O. S. 695 (59) fg. Helmolt a. a. O. S. 83 fg. Schirmer §. 16. A. 42. Windscheid §. 573. A. 6. A. M. wieder Fitting im civ. Arch. LVII. S. 162 fg., nach der Regel, es sei so anzusehen, als ob die Weggefallenen gar nicht vorhanden gewesen seien, die er festhält, obgleich er die Wunderlichkeit ihrer Consequenzen nicht verkennt. [S. dagegen Krieg in der §. 518. A. 1. cit. Schrift, S. 3 fg. Gleichwohl ist F.'s Aufsatz wegen der darin enthaltenen kritischen Bemerkungen beachtenswerth.]

[4] [Schirmer S. 289 fg.] Die Ausnahme s. in §. 417. not. d. vgl. auch not. h. Vermöge einer durchaus unzulässigen Combination der L. 13. §. 3. (L. 13. in f.) Cod. de legit. hered. 6. 58. mit Nov. 118. wurde früher gewöhnlich noch behauptet, daß in der dritten Klasse beim Zusammentreffen von uterini und consanguinei die ersten das von der Mutter, die andern das vom Vater herrührende Vermögen ausschließlich erhalten. Dagegen Francke Beiträge I. Nr. 7. Schlesinger im civ. Arch. L. 8. [Auf Mißverständniß beruht die Polemik Wächter's, Pand. II. S. 701.]

[5] Eigenthümliche Modifikationen können noch a) durch besondere Rechte des Vaters eintreten. Dieser behält nämlich [vgl. Schirmer S. 293 fg.] $\alpha$) wenn er nicht zur Erbschaft des in seiner Gewalt befindlichen Kindes mitberufen ist, den Nießbrauch, den er bisher hatte; §. 433. Nr. 4., vgl. jedoch §. 436. A. 2. $\beta$) bei der Beerbung der Mutter durch die Kinder erlangt er nicht nur, wie in andern Fällen, den Nießbrauch an deren Erbtheilen, wenn diese noch in seiner Gewalt sind, sondern auch, wenn sie oder ihr Vater emancipirt oder als Tochterkinder gar nicht in seiner Gewalt gewesen sind, den Nießbrauch an einer Virilportion. L. 3. Cod. de bon. mat. 6. 60. Ueber die Berechnung vgl. Schrader Abh. aus dem Civ. R. I. 4. [S. 98 fg. 127 fg.] Vangerow §. 415. Puchta §. 457. not. c. Vgl. jedoch §. 436. A. 3. mit §. 433. A. 2. Wenn dagegen $\gamma$) der Vater in der zweiten Klasse selbst berufen ist, so hat er keinen Nießbrauch mehr an den Erbtheilen der Miterben (§. 434. 2.). b) Zum Nachtheil der miterbenden Mutter tritt eine Beschränkung ein zufolge des §. 417. not. h. Schirmer I. S. 291 fg.

## §. 480.

### 2) Ordentliches Erbrecht des Ehegatten.

Sind keine erbberechtigten Verwandten da, oder die vorhandenen machen von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch, so kann der überlebende Ehegatte durch die bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor

zur Erbfolge gelangen[a]. Vorausgesetzt wird dabei, daß eine gültige Ehe bis zum Tode des Erblassers bestanden und nicht einmal eine wenngleich rechtlich unwirksame Scheidung stattgefunden habe[b]. Auch durch die Scheidung von Tisch und Bett, nach heutigem Recht, wird dieses Erbrecht ausgeschlossen.

[Anm. Die beständige Trennung von Tisch und Bett ist im deutschen Reiche beseitigt durch §. 77. R.G. v. 6. Febr. 1875; Mandry Reichsges. S. 406. 2. Aufl. S. 567 fg.]

### 3) Außerordentliche* Erbfolge.

### §. 481.

#### a) Der armen Wittwe.

Der dürftigen Wittwe des wohlhabenden Erblassers ist, falls sie nicht nach §. 480. erbt, neben den nach §. 474 . . 478. erbenden Verwandten ein Erbrecht gegeben[1], das ihr auch durch testamentarische Verfügung nicht geschmälert werden soll; und zwar der Regel nach auf ein Viertheil der Erbschaft, jedoch, wenn sie mit mehr als drei Kindern des Erblassers zusammentrifft, nur auf einen Kopftheil[2], zudem noch mit der Beschränkung, daß ihr Erbtheil in keinem Fall den Betrag von 100 Pfund Goldes überschreiten soll[3]. Auch muß sie in ihren Erbtheil einrechnen, was ihr durch Vermächtniß vom Manne zugewendet ist. Erbt sie mit eigenen Kindern zusammen, so erhält sie nur den Nießbrauch an ihrem Erbtheil; die Proprietät bleibt jenen vorbehalten[4]. Voraussetzung auch dieses Erbrechts ist, daß die hinterlassene Frau mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in gültiger Ehe gelebt habe.

Anm. [* Ueber die verschiedenen Verwendungen dieses Wortes s. Fr. Behr Successionsgründe §. 6.; vgl. §. 470. A. 1.]

[1] Justinian hatte zuerst (a. 537.) auch dem Manne unter gleicher Voraussetzung ein gleiches Erbrecht gegeben. Nov. 53. cap. 6. Später (a. 542.) hat er es diesem wieder entzogen und das der dürftigen Wittwe näher bestimmt durch Nov. 117. cap. 5. Vgl. Glück S. 425 . . 473. Löhr im Mag. III. S. 359 fg. und im civ. Arch. XXII. 1. Schirmer I. S. 233 . . 243. Als dürftig wird die Wittwe nicht angesehen, wenn sie gegen wohlhabende Eltern einen Alimentationsanspruch hat. Schirmer A. 8. 23.; dagegen aber Seuffert's Arch. XV. 231.

[2] „Sind die Miterben der Wittwe alle oder zum Theil Enkel oder Urenkel von verschiedenen Stämmen, so ist . . ohne Zweifel auf die Zahl der Stämme . . Rücksicht zu nehmen; aber auch, wenn nur Enkel oder Urenkel eines Stammes mit der Wittwe concurriren, muß man nach demselben Princip rechnen, also der Wittwe ein Viertheil der Erbschaft zusprechen"; denn „unmöglich kann man dem Gesetzgeber die Absurdität

[a] Dig. unde vir et uxor. 38. 11. Cod. 6. 18. [b] L. 1. §. 1. D. l. c.

zutrauen, daß er der Wittwe ein Viertheil geben wolle, wenn sie mit einem Sohne, mit drei Enkeln von einem andern und mit zwölf Enkeln von einem dritten Sohne concurrirt, aber nur ein Dreizehntheil, wenn zwölf Enkel von einem Sohne allein mit ihr erben." Arndts a. a. O. S. 697 fg. (62). Schirmer A. 12.

3 Diese Beschränkung scheint in der Praxis nicht beachtet zu werden. Schirmer A. 10. 23. — „Das Gesetz enthält außerdem noch die nähere Bestimmung, daß die Wittwe ohne Heirathsgut sei (indotata mulier), woraus sich das unvernünftige Resultat ergibt, daß die mit einer noch so kleinen Dos versehene, sonst bedürftige Wittwe auf die reichste Erbschaft des Mannes keinen Anspruch machen kann". Arndts a. a. O. S. 699 (63). Man sieht daher gern davon ab, Puchta §. 456. [not. c.] Schirmer A. 8. 23.; Windscheid §. 574. A. 5. verwirft es als unrichtige Auslegung des Gesetzes, daß auch durch eine geringe Dos der Erbanspruch der Wittwe ausgeschlossen werde. Strenger jedoch ein Urtheil in Seuffert's Arch. IX. 47. Ausschließung des Erbrechts, wenn durch die Ehepakten für den Unterhalt der Wittwe vorgesorgt ist: das. X. 273.

4 Auch außer diesem Fall sehen Manche das Recht der dürftigen Wittwe nicht als ein Erbrecht, sondern nur als ein gesetzliches Vermächtnißrecht an. Vangerow II. §. 488. [S. 307 fg.] Sintenis III. §. 165. A. 2. [S. 332 fg.] Windscheid §. 574. A. 10. Dagegen Schirmer A. 15.

## §. 482.

### b) Der natürlichen Kinder und ihres Erzeugers.

Nach Gesetzen von Justinian[a] haben die im Concubinat erzeugten Kinder (liberi naturales)[1], nach heutiger Praxis überhaupt uneheliche Kinder (natürliche im heutigen Sinn)[2], sofern sie vom Vater anerkannt sind[3], ein Erbrecht auf ein Sechstheil der Erbschaft ihres Erzeugers, wovon sie ihrer Mutter einen Kopftheil überlassen sollen[4]. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der natürliche Vater weder rechtmäßige Kinder noch eine rechtmäßige Ehegattin hinterläßt. Umgekehrt hat auch der natürliche Vater ein gleiches Erbrecht[b] gegen die Kinder[5].

Anm. 1 Nach Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12. §. 4. nur, wenn der Erblasser mit einer Concubine zusammenlebt, und die Kinder in dessen Hause geboren und auferzogen worden sind.

2 Vgl. Glück S. 473 .. 489., und insbesondere über die heutige Anwendung: Mayer das Intestaterbrecht der liberi naturales nach d. heut. R. R. Tübingen. 1838. Seuffert's Arch. I. 87. 88. VIII. 67. Jedoch wird diese Praxis in Erkenntnissen namentlich norddeutscher Gerichte verworfen. Seuffert's Arch. VI. 223. VII. 202. XII. 343. Schirmer §. 12. A. 20 .. 36., vgl. auch Schlesinger im civ. Arch. L. S. 208.

3 Jedoch nach der vorherrschenden Meinung mit Ausschluß der ex damnato coitu und selbst der ex meretrice nati. Schirmer A. 33 .. 36.

4 Die Concubine für sich allein hat keinen Erbanspruch; aber auch jener Anspruch

a Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 13. b Nov. 89. cap. 13.

auf einen Kopftheil wird in der heutigen Praxis beanstandet, wegen der Unerlaubtheit des Concubinats, wobei die Mutter als Mitschuldige erscheint. Seuffert's Arch. IX. 46.

5 Ueber die Voraussetzung dieses Erbrechts: Schlesinger im civ. Arch. L. 12. gegen Schirmer §. 12. A. 26. vgl. Windscheid §. 574. A. 13. Das R. R. gibt noch a) den Mitcurialen ein außerordentliches Erbrecht auf ein Viertheil, wenn der Erblasser nicht von Descendenten beerbt wird. L. 1..3. Cod. quando et quibus debetur quarta pars ex bonis decurionum. 10. 34. Dies ist jetzt unpraktisch. b) Wer sich freiwillig der Pflege eines Blödsinnigen bis zu dessen Tode unterzogen hat, soll an die Stelle des gesetzlichen Erben treten, der auf ergangene Aufforderung diese Last nicht übernehmen wollte. Nov. 115. cap. 3. §. 12. Dieser Fall ist jedoch vielmehr als ein Fall der Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit anzusehen. Puchta §. 560. not. r.

## B. Von der testamentarischen Erbfolge.

### §. 483.

### 1) Begriff des Testaments.

Ein Testament ist eine letzte Willensordnung, welche eine gültige Ernennung eines Erben (Erbeinsetzung) enthält. Erforderlich ist dazu Fähigkeit des Erblassers, ein Testament zu errichten, Fähigkeit des ernannten Erben, und regelmäßig auch Beobachtung einer bestimmten Form der Willenserklärung. Der Name selbst rührt von der gewöhnlichen Form her, wobei eine Aufforderung zum Zeugniß vorkommt.

Anm. Ungenau ist die Definition in L. 1. D. qui test. fac. 28. 1. Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, oder bei Ulp. XX. 1. „mentis nostrae iusta sententia in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat“; unrichtig die Ableitung in pr. J. de test. ord. 2. 10. Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit; cf. Gell. noct. att. VI. 12. Eine solenne letztwillige Anordnung ohne Erbeinsetzung ist nicht Testament: L. 20. D. de iure cod. 29. 7.; ein Testament aber kann ausnahmsweise auch ohne alle Solennität errichtet werden (§. 487.). Die Errichtung eines Testaments heißt testari, der Urheber testator. Nur ausnahmsweise kommen diese Bezeichnungen auch in Beziehung auf andere letztwillige Verfügungen vor. §. ult. J. de fid. hered. 2. 23. L. 39. §. 1. D. de legat. III. L. 1. Th. Cod. de testament. 4. 4. — Ueber die Lehre vom Testament und die betreffende Literatur handelt [Glück B. XXXIII. S. 311 bis Bd. XXXV. S. 75; dann (Mühlenbruch) Bd. XXXVIII. S. 118 bis Bd. XLI. S. 276; endlich Bd. XLII. S. 1..288; Bd. XLIII. S. 368..493 und] Heimbach im Rtslex. X. S. 713..1047. [Schulin d. griechische Test. vgl. mit dem römischen. Basel 1882; drbr. Tewes in d. Wiener Ztscht. V. S. 233 fg. — Manche, z. B. Köppen, behaupten, das Testament sei vor dem Tode des Testators kein Rechtsgeschäft. (Nur terminologisch sind gemeint die Bemerkungen bei Lotmar über Causa S. 10, 11, 14.) Dagegen und für die herrschende Lehre Kohler in der Wiener Ztscht. VII. S. 714 fg. Vgl. übrigens oben §. 63. A. 1. und Windscheid §. 69. N. 1.]

## §. 484.

### 2) Fähigkeit zur Testamentserrichtung[a].

Die Fähigkeit zur Testamentserrichtung heißt *testamenti factio*[1]. Zur Gültigkeit des Testaments wird erfordert, daß der Testator zur Zeit der Errichtung wirklich fähig[b], und auch, er wäre denn Soldat[c], selbst davon überzeugt sei[d]. Nach römischem Recht ist die Testamentsfähigkeit durch das Bürgerrecht bedingt; sie geht verloren durch capitis deminutio magna, daher sind capite damnati unfähig[e] [vgl. §. 503.]. Dieses gilt gemeinrechtlich heutzutage nicht mehr[2]. Ebensowenig besteht jetzt noch die Unfähigkeit der Apostaten und Häretiker[f]. Außerdem sind unfähig 1) der wegen Pasquills Verurtheilte[g], 2) notorische Zinswucherer, wofern sie nicht die Wiedererstattung der gesetzwidrigen Zinsen bewirken[h], 3) der erklärte Verschwender[i], 4) Hauskinder[k], ausgenommen bezüglich der bona castrensia und quasi castrensia[l]; selbst mit Einwilligung des Vaters können sie nicht letztwillig verfügen[2a], auch nicht über bona adventitia (§. 432.), außer[m] es geschehe dies zu frommen Zwecken[3]; 5) Unmündige[n]; 6) Willensunfähige, namentlich Wahnsinnige[o], außer in lichten Zwischenräumen[p], und alle, die sich aus welchem Grunde immer in einem Zustande von Willenlosigkeit befinden, so lange dieser dauert[q], endlich 7) diejenigen, welche ihren Willen verständlich zu erklären nicht im Stande sind[r], z. B. ein schreibensunkundiger Stummer und nach gesetzlicher Bestimmung schlechthin der von Geburt an Taubstumme[4].

Anm. [1] *Testamenti factio* heißt im umfassenderen Sinn die Rechtsfähigkeit, die dazu gehört, um bei einem Testament, es sei als Testator oder als Erbe betheiligt zu sein; eine Bedeutung, die sich aus der alten Testamentsform erklärt, wobei der Erbe (als familiae emtor) das Testament mit machen half. Gai. II. 103 . . 105. In diesem Sinn kann Jemand testamenti factio haben (sog. testamenti factio *passiva*),

[a] Inst. quibus non est permissum testamenta facere. 2. 12. Dig. qui testamonta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant. 28. 1. Cod. qui testamenta facere possunt vel non. (*Krüger*: q. f. testamentum p. v. n. possunt.) 6. 22. [b] L. 19. D. h. t. cf. L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. [c] L. 11. §. 1. D. de test. milit. 29. 1. [jetzt aber s. §. 487. A. 1.]. [d] L. 1. pr. D. de legat. III. [e] L. 8. D. h. t. 28. 7. cf. L. 9. 13. eod. L. 2. Cod. h. t. 6. 22. cf. §. 469. 471. A. 2. [f] L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. L. 4. Cod. de haeret. 1. 5. cf. §. 471. A. 2. [g] L. 18. §. 1. D. h. t. L. 5. §. 9. D. de iniur. 47. 10. [h] cap. 2. de usuris. in 6to. 5. 5. [i] §. 2. J. h. t. 2. 12. L. 18. pr. D. h. t. cf. Pauli sent. III. 4a. §. 6. 7. 12. Nov. Leon. 39. [k] pr. J. h. t. L. 6. pr. L. 16. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. L. 11. Cod. h. t. [l] pr. J. l. c. L. 12. Cod. h. t. Nov. 123. cap. 19. cf. L. 26. D. de test. milit. 29. 1. Ulp. XX. 10. [m] cap. 4. de sepult. in 6to. 3. 12. [n] §. 1. J. h. t. L. 5. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. [o] L. 16. §. 1. D. h. t. [p] L. 9. Cod. eod. [q] L. 2. 17. D. eod. L. 3. pr. Cod. eod. cf. Paul. l. c. §. 11. L. 27. pr. D. de cond. instit. 28. 7. §. 59. not. b. c. d. [r] L. 10. Cod. h. t. 6. 22. cf. L. 6. §. 1. L. 7. 16. pr. D. h. t. 28. 1. Notariatsordnung v. 1512. Tit. II. §. 4.

und doch nicht testamenti faciundi facultatem (sog. testamenti factio *activa*). L. 16. D. h. t. 28. 1. §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. Aber testamenti factio heißt auch diese Fähigkeit zu testiren überhaupt oder auch die Errichtung des Testaments selbst. L. 1. pr. D. de test. milit. 29. 1. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. — Auf den völligen Mangel der testamenti factio, im ersten Sinn, bezieht man den Ausdruck *intestabilis*. Auth. *credentes* (§. 2. A. 4.). Aber vgl. L. 26. D. h. t. 28. 1. Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur; et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium. Cf. §. 6. J. de test. ord. 2. 10. et Theophil. ad h. l. Gell. noct. att. VI. 7. XV. 13. in f. Im Justinianischen Recht wird nur der Pasquillant ausdrücklich als intestabilis genannt (not. g.); vgl. jedoch auch L. 3. Cod. de apostat. 1. 7. Arndts im Rtslex. III. S. 916., civ. Schr. II. S. 74.

2 Vgl. Wächter über Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und verhängter Strafen, im civ. Arch. XVII. 14. Der Verf. bestreitet für das heutige Recht auch die Fälle der Testirunfähigkeit unter 1. 2. (not. g. h.); [ebenso Windscheid 5. Aufl. §. 539. Z. 5. Mandry Reichsges. S. 185 fg. (2. Aufl. S. 262.)]; mit ihm stimmt in Beziehung auf Nr. 2. überein Vangerow §. 428. [A. Nr. IV. 1.]; dagegen mit der herrschenden Meinung Puchta §. 463. not. l. Eigenthümlich ist die Meinung von Tewes I. S. 138 fg., daß in Gefangenschaft gerathene Personen auch nach heutigem Rechte noch ein Testament nicht gültig errichten können. — [Ueber die Testirfähigkeit der Frauen nach R. R. s. Max Cohn Beiträge z. Bearbeitung des R. R. Heft 1. (1878) S. 1 . . 17. — über Ordensgeistliche nach kanon. und heut. R. s. die zu §. 469. Citirten.]

[2a „Erlaubniß des Vaters vermag dem Kinde keine größere Testirfähigkeit zu geben, als es besitzt (pr. J. h. t. L. 6. pr. D. h. t., vgl. L. 3. D. h. t., L. 13. Cod. de test. 6. 23.)." Windscheid §. 539. N. 8.]

3 Mit Unrecht wird dies bestritten z. B. von Puchta §. 463. not. r . . t, indem er das cap. 4. de sepult. in 6to. 3. 12. nur auf mortis causa donatio bezieht (arg. L. 25. §. 1. D. de m. c. don. 39. 6.). Cap. 4. cit. sagt a. E.: Quamvis autem filiusfamilias absque patris adsensu sibi possit libere eligere sepulturam, pro anima tamen sua (d. i. ad piam causam) praeter ipsius adsensum, nisi peculium castrense aut quasi castrense habeat, aliquid *iudicare* non potest. *Iudicare* aber heißt im mittelalterlichen Latein soviel als *supremo iudicio de bonis suis decernere*. Vgl. Glossar. man. ad script. med. latin. s. v. *iudicare*. Heimbach im Rtslex. X. S. 726. 883. [Die Ansicht Puchta's ist die herrschende; s. Windscheid §. 539. N. 8. und die dort Citirten, dann Baron §. 357. Z. 2. und §. 392. Z. 4.]

4 Nach älterem Recht konnten Taube und Stumme (ausgenommen Soldaten L. 4. D. de test. milit. 29. 1.) der Testamentsform wegen nicht testiren, es sei denn vermöge besonderer Concession. L. 6. §. 1. L. 7. D. h. t. Justinian hat dies geändert durch L. 10. Cod. h. t., von Geburt Taubstumme aber für schlechthin unfähig erklärt; cf. §. 3. J. h. t. Hat ein solcher sprechen oder schreiben gelernt, so kann er jedenfalls durch besondere Erlaubniß des Regenten testirfähig werden; Viele halten aber, ex ratione legis, diese nicht einmal für nothwendig, wenn nur durch amtliche Untersuchung die Fähigkeit der Willenserklärung festgestellt ist. Vgl. Preuß. Ldr. I. 5. §. 171., 12. §. 26. [S. auch Wächter Pand. II. S. 707 fg.]

### 3) Form der Testamente[a]. *

#### a) Privattestamente.

##### α) Regelmäßige Form.

### §. 485.

Ein Testament kann durch einen Privatact, entweder schriftlich oder mündlich, errichtet werden. Erforderlich ist dazu die Zuziehung von sieben Zeugen[b], in deren gleichzeitigem Beisein, so daß sie den Testator wahrnehmen können[c], der ganze Act der Testamentserrichtung ohne erhebliche Unterbrechung zu vollenden ist[d] (unitas actus)[1]. Zum mündlichen Testament (testamentum nuncupativum) insbesondere ist nothwendig, daß der Testator den ganzen Inhalt des Testaments den Zeugen vernehmlich und verständlich erkläre[e], wovon dann des Beweises wegen noch eine schriftliche Aufzeichnung gemacht werden kann (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Zum schriftlichen Testament dagegen gehört wesentlich eine den Inhalt des letzten Willens enthaltende Urkunde, die jedoch schon vorher abgefaßt sein kann[2]. Der Testator muß diese Urkunde in Gegenwart sämmtlicher Zeugen als sein Testament anerkennen und unterschreiben, und sodann[f] auch von diesen, die übrigens hier den Inhalt des Testaments nicht zu erfahren brauchen, unterschreiben und besiegeln lassen[3]. Hat der Testator das ganze Testament eigenhändig geschrieben[4], und, daß dieses geschehen sei, in demselben ausdrücklich bemerkt (testamentum holographum), so ist seine Unterschrift nicht mehr erforderlich[g].

Anm. * [Ueber die alten Testamentsformen s. die Institutionen-Lehrb. (z. B. Müller §. 182). Die Literatur über die Geschichte der Formen s. bei Vangerow II. §. 443. Dazu Leist in der Forts. von Glück, IV. passim. Gräco-ital. Rechtsgeschichte S. 169 fg.; Hölder in d. Ztschr. f. Rtsgesch. XIV. (N. F. I.) Rom. Abthl. S. 67 fg., und in seinen Beitr. z. Gesch. d. Röm. Erbrechts (1881) S. 20—71.].

[1] L. 21. §. 3. D. h. t. 28. 1. Uno contextu actus testari oportet; est autem *uno contextu* nullum actum alienum testamento intermiscere. N.O. §. 7. „Desselben Tags und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung oder Weile, denn allein die der Leibsnoth halben geschehe und klein wäre, darzwischen falle". §. 9. „Zu einer Zeit und an einer statt, also, daß kein ander Zeit, denn die klein wäre und aus Nothdurft der Natur sich begebe, darzwischen falle". Eitel Wortklügeln ist es, hiernach

[a] Inst. de testamentis ordinandis. 2. 10. Dig. qui test. fac. poss. et quemadmodum fiant. 28. 1. (§. 484. not. a.) Cod. de testamentis: (et) quemadmodum testamenta ordinentur. 6. 23. N.O. v. 1512. Tit. II. Von Testamenten. [b] §. 1 . . 3. J. h. t. 2. 10. [c] L. 9. Cod. h. t. 6. 23. cf. L. 22. §. 6. D. h. t. [d] L. 21. pr. §. 1. 2. L. 28. pr. §. 1 . . 5. (L. 28. pr.) Cod. h. t. L. 20. §. 8. L. 21. §. 3. D. h. t. [e] L. 21. §. 4. L. 26. Cod. h. t. L. 20. §. 9. L. 21. pr. D. h. t. [f] L. 21. pr. Cod. h. t. §. 3. 5. J. h. t. cf. L. 22. §. 2 . . 7. L. 30. D. h. t. N.O. §. 7. 10. [g] L. 28. §. 6 (1). Cod. h. t.

ein kurz vor Mitternacht begonnenes, nach Mitternacht vollendetes Testament für ungültig zu erklären: Marezoll in Linde's Ztschr. IV. 4. [§. 3. S. 68 fg.], dem auch Vangerow II. §. 444. 6. Aufl. S. 165 fg. und Heimbach S. 773 fg. beistimmen; dagegen Fein in der Fortsetzung von Glück's Erläutr. Th. 45. S. 11 fg. und jetzt auch Vangerow 7. Aufl. II. S. 141 fg.

2 Wird das schriftliche Testament erst bei der Errichtung geschrieben oder das mündliche in Schrift gefaßt, so wird zur Geltung dieser Urkunde erfordert, daß sie vor Testator und Zeugen vorgelesen werde. N.O. §. 5.

3 Das R. R. erforderte Unterschrift und Versiegelung durch die Zeugen nebst abermaliger Beisetzung ihres Namens zu dem Siegel. Spangenberg im civ. Arch. V. 5. S. 144 fg. [Vgl. Bruns die Unterschriften in d. röm. Rechtsurkunden in den Verh. der Berl. Akad. 1876. S. 88 fg.] Nach heutigem Gebrauch genügt die einmalige Namensschrift der Zeugen, in der Urkunde oder auf der Außenseite, unter Beidrückung des Siegels. — Die Siegel können eigene oder fremde sein; §. 5. J. h. t. 2. 10. L. 22. §. 2. D. h. t.; auch nach heutigem Recht: N.O. §. 10. „Es mögen auch ihrer einer oder mehr, so nicht eigen Signet hätten, eines oder mehr der andern Signeten sich hierinn gebrauchen". Vgl. §. 7. das. „mit ihrem gewöhnlichen Signet zu besiegeln". Vgl. aber auch W. Sell Versuche. I. S. 225 fg.

4 Eine übermäßig ängstliche Vorschrift, wonach der Testator die Namen der Erben immer eigenhändig schreiben sollte (§. 4. J. h. t. L. 29. Cod. h. t.), hat Justinian selbst wieder aufgehoben in Nov. 119. cap. 9.

## §. 486.

Die sieben Zeugen, zu welchen auch der Schreiber des Testaments gehören kann[1], müssen zur Zeit der Errichtung fähig[a], zum Testamentszeugniß aufgefordert[2] und davon, wer der Testator ist, unterrichtet sein[b], auch freiwillig zum Zeugniß sich hergeben[c]. Fähig, Testamentszeugen zu sein[d], sind nur mündige Personen männlichen Geschlechts, welche zu Erben eingesetzt werden können[3]. Unfähig sind aber noch insbesondere 1) der erklärte Verschwender und Intestabilis[e 3a], 2) die zum einfachen Zeugniß natürlich unfähigen Personen[f], namentlich Wahnsinnige, Stumme, Taube, auch Blinde[4], 3) der eingesetzte Erbe und die mit ihm durch väterliche Gewalt verbundenen Personen[g], 4) derjenige, der sich in der Gewalt des Testators, sowie umgekehrt[5] derjenige, in dessen Gewalt dieser oder mit welchem in derselben väterlichen Gewalt er sich befindet[h]. Legatare und Fideicommissare sind gültige Zeugen[i]. Ein Irrthum über die Eigenschaft eines Zeugen macht den unfähigen in der Regel nicht zum fähigen[6].

Anm. 1 L. 27. D. h. t. Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scriben-

a L. 22. §. 1. D. h. t. b L. 21. §. 2. eod. L. 21. pr. Cod. h. t. c L. 20. §. 10. D. h. t. d L. 20. §. 6. eod. §. 6. 7. J. h. t. e §. 6. J. l. c. L. 18. 26. D. eod. f L. 20. §. 4. eod. g L. 20. pr. eod. §. 10. J. eod. h L. 20. pr. cit. §. 9. J. eod. i L. 20. pr. cit. §. 11. J. l. c. L. 22. Cod. h. t.

dum, idem quoque, cum tabulas scripsisset, signaverit? (sog. *quaestio Domitiana*). Juventius Celsus Labeoni suo salutem: (Aut) non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valde stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit (*responsum Celsinum*). — Testes *idonei*, *rogati*, *voluntarii* not. a . . c).

[2] R.O. §. 3. „Es ist auch im Testament nöthig, daß die Zeugen nicht allein gebeten, sondern insonderheit zu Aufrichtung des Testaments berufen und genommen, oder aufs wenigste, wo sie ungeschickterding unberufen zugegen wären, darzu ermahnet und besprochen werden".

[3] R.O. §. 6. „Denn viel seynd in Rechten zu solcher Zeugniß verboten, als gemeiniglich alle die, so selbst nicht mögen von Recht Testament machen oder aus Testament etwas empfahen, auch Frauen oder Hermaphroditen, das seynd, die männlich und fräulich Gemächt haben und in dem fräulichen Gemächt fürtreffen" u. s. w. Mit Unrecht behauptet hiernach Mayer Erbr. §. 9., daß jetzt alle, die nicht selbst ein Testament zu machen vermögen, unfähige Zeugen seien. Die Worte der R.O. sind nur eine Umschreibung für den völligen Mangel der testamenti factio (§. 484. A. 1.). — (Nach Nov. 90. cap. 1. sind regelmäßig, außer im Nothfall, auch nur unbescholtene Zeugen zuzuziehen.)

[3a] [Ueber den Einfluß der Ehrenminderung s. Mandry Reichsges. §. 8. I. b.]

[4] Blinde sind nicht ausdrücklich als unfähige genannt, aber wohl nur, „weil es den römischen Juristen gar nicht in den Sinn kam, blinde Zeugen bei einem Act für möglich zu halten, dessen Wahrnehmung . . ohne den Sinn des Gesichts nicht vollständig und in allen seinen wesentlichen Momenten möglich ist". Puchta §. 465. not. p. Viele sind jedoch anderer Meinung, vgl. Vangerow §. 444. [S. 138.] Windscheid §. 542. A. 6.

[5] §. 9. in f. J. h. t. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eiusdem patris est; *reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium*. Cf. Gai. II. 106. Eine andere Meinung referirt Ulpian in L. 20. §. 2. D. h. t., welche von Manchen als die consequentere dem so bestimmten Ausspruch der Institutionen vorgezogen wird. Puchta §. 465. not. s. Windscheid §. 542. A. 10. Dagegen beziehen Vangerow II. S. 140. Heimbach a. a. O. S. 769. u. a. die Stelle der Pandekten auf den Fall, wenn der Sohn noch als Soldat testirt (§. 487.), die der Institutionen auf den Fall, wenn das Testament nach Entlassung aus dem Kriegsdienst errichtet wird. Vgl. Fitting das castrense Peculium S. 205 fg.

[6] Eine Ausnahme macht das R. R., wenn ein allgemein für frei gehaltener Sklave als Zeuge zugezogen war. §. 7. J. h. t. L. 1. Cod. h. t. Analoge Anwendung dieser Ausnahme ist bedenklich. Vgl. Unger Erbr. §. 10. A. 16. Windscheid §. 542. A. 16.

### β) Außerordentliche Form.

## §. 487.

#### aa) Wegen der Person des Testators.

Von den regelmäßigen Formvorschriften gibt es manche Ausnahmen, theils erleichternde (in welchem Fall man das Testament ein

privilegirtes nennt), theils erschwerende. Solche Ausnahmen bestehen zunächst aus Rücksicht auf die Person des Testators:

1) für Testamente der Soldaten[a]. Diese können nach römischem Recht während eines Feldzugs[b], nach der Notariatsordnung[c] nur während des Gefechts (außerdem sollen sie zwei Zeugen zuziehen), ohne alle Förmlichkeit testiren; es kommt nur auf Gewißheit des Willens an[d]. Ein solches Soldatentestament wird aber durch ehrenrührige Entlassung des Soldaten sofort ungültig, nach ehrenvoller durch Ablauf eines Jahres[e].

2) Zum Testament eines Blinden bedarf es außer den gewöhnlichen Förmlichkeiten noch der Zuziehung eines Notars oder achten Zeugen. Dieser muß den vom Testator den Zeugen vollständig und verständlich erklärten Willen in deren Gegenwart niederschreiben oder den vorher geschriebenen vorlesen, und sodann nach Bestätigung des Testators die Urkunde mit den übrigen Zeugen unterschreiben und besiegeln[f].

3) Ein schriftliches Testament einer Person, die nicht schreiben kann[2], es sei aus Unkunde oder aus anderm Grunde, muß anstatt derselben von einem achten Zeugen[3] unterschrieben werden[g].

Anm. [1] Das Privilegium des Soldatentestaments ist auch solchen Personen gewährt, welche in ihrem Berufe die Gefahr der Soldaten theilen, für den Fall, daß sie darin umkommen. L. ult. D. h. t. 29. 1. L. un. D. de b. p. ex test. milit. 37. 13. — Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. Th. 42. S. 19 .. 130. Fitting zur Geschichte des Soldatentestaments. [Festschr. zu Witte's Doctorjubil.] 1866. [Wlassak Krit. Studien S. 139 fg. — Diese Vorschriften sind jetzt durch andere, sehr ausführliche in §. 44. des R.Mil.G. v. 2. Mai 1874 ersetzt. S. darüber Mandry Reichsges. §. 44. III. Baron §. 394. II. 1. Windscheid §. 544. A. 6a. Andererseits hat jener §. 44. mit dem einzigen Wörtchen „allein" alle anderen Privilegien der Soldatentestamente beseitigt — ein arger Fehlgriff und entschiedener Rückschritt, da die meisten dieser Privilegien wahre Fortbildungen waren und verallgemeinert, nicht unterdrückt zu werden verdienen. Das neue Civilgesetzbuch wird wohl diesen Uebelstand radical beseitigen. S. die Zusammenstellung bei Mandry §. 44. not. 4.]

[[2] Die Bestimmung gilt nicht von dem des Schreibens fähigen Testator, obwohl N.O. §. 7. sagt: „wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht" (= vermöchte).] W. Sell Versuche I. S. 218 fg.

[[3] Er hat seinen Namen zu unterschreiben mit der Bemerkung, daß er für den Testator unterschreibe.] Sell a. a. O. S. 222 fg. Windscheid §. 543. A. 8.

[a] Inst. de militari testamento. 2. 11. Dig. de testamento militis. 29. 1. Cod. 6. 21. cf. Dig. de bonorum possessione ex testamento militis. 37. 13. [b] pr. J. l. c. L. 17. Cod. h. t. cf. L. 42. D. h. t. 29. 1. [c] N.O. §. 2. a. E. [d] L. 1. pr. L. 36. pr. L. 40. pr. D. l. c. L. 15. Cod. h. t. 6. 21. L. 19. Cod. de pact. 2. 3. [e] §. 3. J. h. t. 2. 11. L. 26. D. h. t. [f] L. 8. Cod. qui test. fac. 6. 22. N.O. §. 9. [g] L. 21. §. 1. L. 28. §. 6 (1). Cod. de testam. 6. 23.

## §. 488.

### bb) Wegen besonderer Umstände bei der Errichtung.

1) Zur Zeit der Herrschaft einer ansteckenden Krankheit ist gestattet, daß die Zeugen nicht gleichzeitig versammelt, sondern einzeln und abgesondert das ihrerseits Erforderliche vornehmen[a]; sog. testamentum *tempore pestis* conditum[1].

2) Zur Testamentserrichtung auf dem Lande genügt im Nothfall die Zuziehung von fünf Zeugen, von denen, wenn nicht alle schreiben können, die schreibkundigen für die übrigen mitunterschreiben können; dabei müssen aber die Zeugen den Inhalt des Testaments erfahren und nach dem Tode des Erblassers eidlich darüber vernommen werden[b]; sog. testamentum *ruri* conditum[2].

Anm. [1] Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Marezoll in Linde's Ztschr. IV. S. 77 fg. Mühlenbruch a. a. O. Th. 42. S. 262 fg. Ackermann im civ. Arch. XXXII. 2. Vangerow §. 444. (II. S. 142 fg.) Heimbach S. 815 fg.

[2] Vgl. Marezoll im civ. Arch. IX. 15. Fritz in Linde's Ztschr. V. 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 245 fg. Heimbach S. 825 fg.

## §. 489.

### cc) Wegen des Inhalts des Testaments.

Aus dieser Rücksicht ist privilegirt 1) das sog. testamentum *parentis inter liberos*, d. i. ein Testament, worin nur für die Kinder oder Kindeskinder des Testators Verfügungen getroffen werden[1]. Dazu bedarf es nur eines schriftlichen Aufsatzes, worin der Testator eigenhändig die Namen der eingesetzten Descendenten und die Erbtheile derselben, und zwar mit Worten, nicht mit Ziffern, bezeichnet, auch das Datum hinzufügt[a]. Mündlich kann ein solches Testament unter Zuziehung von zwei Zeugen errichtet werden[b]. Die Erbeinsetzung fremder Personen wird darin für nicht geschehen geachtet.* Auch Vermächtnisse an solche sind nur gültig, wenn die betreffende Verfügung vor der dazu erforderlichen Anzahl von Zeugen[1a] erklärt ist[c]. Ein älteres dem gemeinen [s. §. 23.] Recht gemäß errichtetes Testament wird durch das testamentum parentis inter liberos nicht aufgehoben[d].** — Verschieden von diesem ist die *divisio* parentis inter liberos, d. i. eine Verfügung über Theilung der Erbschaft unter den Kindern als gesetzlichen Erben[e],

[a] L. 8. Cod. de testam. 6. 23. [b] L. 31. Cod. eod.

[a] L. 21. §. 3. Cod. de testam. 6. 23. Nov. 107. cap. 1. [b] R.O. §. 2. [c] Nov. 107. cap. 1. [d] Nov. 107. cap. 2. [e] Nov. 18. cap. 7. Nov. 107. cap. 3. cf. L. 20. §. 3. L. 32. 33. 39. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. L. 10. 16. 21. Cod. eod. 3. 36

welche durch einen entweder von dem Erblasser oder von allen Kindern unterschriebenen Aufsatz geschehen kann.

2) Verfügungen zum Vortheile der Kirche oder zu frommem Zwecke (testamentum *ad pias causas*) bedürfen nach kanonischem Rechte[1] zu ihrer Gültigkeit keiner Förmlichkeit; es genügt, wenn sie nur durch zwei Zeugen[2] bewiesen werden können.

Anm. [1] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 151..245. Heimbach S. 837 fg. [Windscheid §. 544. Nr. 4. M. J. Euler de test. et div. par. int. liberos. Bonn 1823. J. A. Krafft Test. inter liberos. Berlin 1862.]

[* Dieser wohl durch L. 21. §. 3a. Cod. de test. 6. 23. veranlaßte, mit dem „nur für die Kinder" (in der 2. Zeile) nicht harmonirende Satz scheint uns doch recht bedenklich. Vgl. etwa Mühlenbruch 42. Bd. S. 207. 212. 214 fg., und S. 162 fg.]

[1a Welche Anzahl ist erforderlich? Dies hängt von der Beantwortung der Streitfrage ab, ob es Beweis- oder Solennitätszeugen sind.]

[** Dieser Satz ist nicht sowohl in der Nov., als — nach nicht sicherer Auslegung — in der R.-O. enthalten. S. Mühlenbruch S. 216 fg. 219 fg.]

[2] Streitig ist, ob diese Zeugen Solennitätszeugen seien? Mühlenbruch a. a. O. S. 130..150. [bes. S. 133 fg.], oder bloße Beweiszeugen? Pfeiffer prakt. Ausf. II. S. 340 fg. Schulte in Linde's Ztschr. n. F. VIII. 6. Heimbach S. 868 fg. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 149.

## §. 490.

### b) Oeffentliche Testamente.

Die Förmlichkeiten des Privattestaments können durch Mitwirkung einer öffentlichen Autorität ersetzt werden (daher öffentliche Testamente), und zwar 1) durch Mitwirkung des Regenten, indem dieser das vom Testator ihm überreichte schriftliche Testament annimmt[a] (testamentum *principi oblatum*); 2) durch Mitwirkung des Gerichts (sog. testamentum *iudiciale*), indem der Testator entweder seinen Willen zu gerichtlichem Protokoll erklärt[b] (sog. testamentum *apud acta conditum*), oder, wie die Praxis gestattet, das schriftlich abgefaßte Testament dem Gerichte zur Verwahrung übergibt (sog. testamentum *iudici oblatum*), worüber denn auch ein Protokoll aufgenommen zu werden pflegt. 3) Nach canonischem Rechte kann auch vor dem Pfarrer und zwei Zeugen ein Testament errichtet werden[c] (canonisches Testament). Dies ist aber in Deutschland nicht gemeinrechtliche Norm geworden, obwohl es in einzelnen, namentlich geistlichen, Ländern anerkannt war.

[f] cap. 4. 11. X. de test. 3. 26.

[a] L. 19. Cod. de testam. 6. 23. cf. Nov. Valent. tit. XX. 1. §. 1. 2. [b] L. 19. §. 1. (L. 19.) cf. L. 18. Cod. l. c. cf. Nov. Valent. cit. §. 2. [c] cap. 40. X. de testam. 3. 26.

Anm. Ueber die Nothwendigkeit der unitas actus beim gerichtlichen Testament s. E. Franck im prakt. Arch. VI. 17. [S. 374 fg. Testamentserrichtung vor dem Pfarrer und zweien Zeugen (Neuvorpommern): Sonnenschmidt Prakt. Erört. Nr. 7.]

### 4) Inhalt des Testaments.

## §. 491.

### a) Ueberhaupt.

Wesentlicher Inhalt des Testaments ist Ernennung eines Erben[a]: es muß wenigstens eine gültige Erbeinsetzung, kann aber außerdem noch verschiedenartige andere Verfügungen enthalten. Der Inhalt des Testaments aber muß 1) wirklicher Wille des Erblassers sein[b]; er ist 2) wenigstens anfechtbar, wenn er auf einem Irrthum solcher Art beruht[1], daß anzunehmen ist, der Erblasser würde ohne diesen die Verfügung nicht getroffen haben[c]; er darf auch nicht 3) durch Zwang gegen den Erblasser[2] hervorgerufen[d], wohin aber bloßes Zureden nicht zu rechnen ist[e], noch 4) an sich oder durch das Motiv, welches einer Verfügung zum Grunde liegt, unsittlich oder rechtswidrig sein; daher ist namentlich ungültig die Erbeinsetzung eines Kindes, das der Erblasser mit einer Frau erzeugen werde, die er nicht heirathen kann[3] oder die zur Zeit mit einem Andern verheirathet ist[f], die Einsetzung des Regenten litis causa, d. h. um einem Proceßgegner zu schaden[g], und jede captatorische Verfügung[h], d. h. eine solche, die an die Bedingung geknüpft ist, daß der Bedachte künftig in seinem letzten Willen den Erblasser oder eine andere bestimmte Person wieder bedenken werde[4]. Es wird ferner 5) auch Bestimmtheit des Willens des Erblassers erfordert: zwar kann jedenfalls durch eine Bedingung indirekt die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung von der Willkür einer bestimmten Person abhängig gemacht werden, ohne deren Willen nämlich die Erfüllung der Bedingung nicht eintreten kann[i]; aber eine Verfügung, insbesondere die Erbeinsetzung, welche schlechthin, sei es direkt, sei es in Form einer Be-

[a] L. 1. §. 3. D. de vulg. subst. 28. 6. [b] L. 9. pr. §. 1 . . 7. D. de hered. inst. 28. 5. L. 2. §. 7. D. de b. p. s. t. 37. 11. [c] L. 72. §. 6. in f. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 4. §. 10. D. de doli mali exc. 44. 4. cf. α) L. 27. §. 4. L. 28. D. de inoff. test. 5. 2. L. 93 (92). D. de hered. instit. 28. 5. L. 9. 10. Cod. de test. milit. 6. 21. β) L. 4. 7. Cod. de hered. instit. 6. 24. L. 5. Cod. de testam. 6. 23. [d] arg. not. b. c. L. 20. §. 10. D. qui test. fac. 28. 1. L. 1. Cod. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. 6. 34. cf. Dig. 29. 6. [e] L. 3. D. h. t. L. 3. Cod. h. t. [f] §. 28. J. de legat. 2. 20. L. 9. §. 1. 3. 4. D. de lib. et post. 28. 2. [g] L. 92 (91). D. de hered. instit. 28. 5. [h] L. 29. 71. 72 (70. 71). D. eod. L. 64. D. de legat. I. L. 1. D. de his quae pro non script. 34. 8. L. 20. §. 2. D. de cond. instit. 28. 7. L. 11. Cod. de test. mil. 6. 21. (§. 68. A. 2.) cf. L. 2. 82 (81). §. 1. D. de hered. inst. 28. 5. [i] L. 32. pr. L. 69 (68). D. de hered. instit. 28. 5. L. 52. D. de cond. et dem. 35. 1. (§. 68. A. 3.)

dingung, in die nackte Willkür eines Dritten gestellt wird, erklärt das römische Recht für ungültig[k]. Doch ist es streitig, ob nicht nach heutigem Recht die Verfügung über den Nachlaß auch direkt einer bestimmten Person anvertraut werden könne[5]. Endlich 6) muß der Wille, und zwar vollständig[l], erklärt sein[m], wenn auch nicht vollkommen deutlich[n]; eine Unrichtigkeit in der Bezeichnung, es sei der Person des Bedachten[o] oder des Gegenstandes der Verfügung[p], schließt die Gültigkeit der letzten nicht aus, wenn gleichwohl der Wille erkennbar ist[5a]. Ungültig aber ist die Verfügung[q], wenn der Bedachte nur durch eine für ihn schimpfliche Bezeichnung erkennbar gemacht ist[6].

Um die Gewißheit des Willens zu sichern, ist übrigens durch ein *Sc. Libonianum*[7] [aus der Zeit des Tiberius] jede Verfügung zu Gunsten desjenigen, welcher das Testament für den Erblasser schreibt (ausgenommen, wenn er der einzige Intestaterbe wäre), soweit sie ihm Vortheil bringt, für nichtig erklärt, falls nicht der Erblasser dieselbe entweder bei seiner Unterschrift oder durch besondere Unterzeichnung bestätigt[r].

Anm. [1] Fälle der Art sind nach not. c. $\alpha$. irrige Voraussetzung des Todes einer Person, die der Testator sonst vorgezogen hätte; nach c. $\beta$. irrige Annahme einer Verwandtschaft, ohne welche er nicht so verfügt hätte. Weil in Linde's Ztschr. n. F. XX. 3. Unger Erbr. §. 13. A. 3. Vangerow §. 431. A. 2. (7. Aufl. II. S. 90 fg.). Windscheid §. 548. A. 10 fg. Sonst gilt die Regel: falsa causa adiecta non nocet. L. 72. §. 6. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 1. 2. Cod. de falsa causa adiecta. 6. 44. [Keller Instit. S. 387 fg. Leonhard Irrthum S. 258 fg.] Dem eingesetzten Erben, der als untergeschobenes Kind erwiesen ist, soll nach L. 46. pr. D. de iure fisci. 49. 14. die Erbschaft zum Vortheil des Fiscus entrissen werden; des Irrthums ist dabei nicht erwähnt. Vgl. überhaupt noch Savigny III. S. 377 fg. Dieser ist der Ansicht, daß man nicht über die in den Quellen (not. c.) enthaltenen Entscheidungen hinausgehen dürfe, so auch Sintenis III. §. 171. A. 60. Brinz S. 766 fg. [1412.] Seuffert's Arch. XI. 58. Schletter's Jahrb. XIII. S. 103. [Nr. 62.]

[2] Eine erzwungene letztwillige Verfügung halten die Meisten mit Recht für ungültig. Glück Th. 38. S. 426 fg. Mühlenbruch in der Forts. Th. 43. S. 485 fg. Dafür spricht nicht nur die durchgreifende Berücksichtigung des wahren Willens des Erblassers (not. b. c.), wofür der gezwungene noch weniger als der durch Irrthum veranlaßte gelten kann, sondern allerdings auch L. 1. Cod. h. t. 6. 34. Civili dis-

[k] L. 69 (68). cit. L. 1. pr. D. de legat. II. L. 43. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 46. §. 2. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [l] L. 25. D. qui test. fac. 28. 1. L. 9. §. 5. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 9 (8). Cod. de inst. et subst. 6. 25. [m] L. 9. pr. §. 9. L. 63 (62). §. 1. D. l. c. L. 3. D. de reb. dub. 34. 5. L. 4. pr. D. de legat. I. [n] L. 63 (62). §. 1. cit. L. 33. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. Dig. de rebus dubiis. 34. 5. (§. 75.) [o] L. 49 (48). §. 3. D. de hered. inst. 28. 5. L. 33. pr. L. 34. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. [p] §. 30. J. de legat. 2. 20. [q] L. 9. §. 8. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 49 (48). §. 1. eod. [r] L. 6. 10. 11. 14. 15. D. de lege Cornelia de falsis et de senatusconsulto Liboniano. 48. 10. Cod. de his qui sibi adscribunt in testamento. 9. 23.

ceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel quoslibet alios, quos noluerit, scripserit (heredes) (so *Herrmann* und *Krüger; Hal.* hat: vel a quolibet alio, quos noluerit scripsit heredes) und die Analogie von L. 20. §. 10. cit. (not. d.); denn ein zum Zeugniß Gezwungener könnte an sich noch immer einen vollgültigen Zeugen abgeben, während der, qui coactus voluit, im prägnanteren Sinne doch eigentlich noluit. Vgl. jetzt auch Schliemann vom Zwange S. 80 fg. Dworzak in Haimerl's Vjschr. IX. Lit. S. 46. Voigt Condictionen S. 613. A. 535. Kramer de leer van den psychischen dwang, p. 86 sq. Czyhlarz in d. dogm. Jahrb. XIII. S. 27 fg. — So auch das Oest. Gszb. §. 566. vgl. Preuß. Landr. I. 12. §. 24. 25. I. 4. §. 31..33. Unger Erbr. §. 13. A. 2. Manche sind aber anderer Meinung. Puchta §. 472. [not. *a*..c.] 483. [Abs. 2. Nr. 2.] 484. [not. g.] erklärt die erzwungene Verfügung nur für rescissibel, ohne genau zu bestimmen, durch wen und wie? Eben so Seuffert §. 534. (vgl. aber 4. Aufl. A. 4.). Damit stimmt jetzt auch Vangerow (6. u. 7. Aufl.) §. 431. A. 1. Nr. 2. überein, indem er speciell die gesetzlichen oder die in einem frühern gültigen Testament eingesetzten Erben als die durch den verübten Zwang unmittelbar beschädigten Personen bezeichnet, welchen regelmäßig die Anfechtung des erzwungenen Testaments durch restitutio, actio quod metus causa, exceptio metus zustehe, während derselbe früher mit Roßhirt Vermächtnisse I. S. 337 fg. Sintenis §. 171. A. 53b. (der aber in der 2. Aufl. der neuen Erklärung Vangerow's beitritt) u. a., wie auch Heimbach im Rtslex. X. S. 918 fg., annahm, daß der Gegenstand der erzwungenen Disposition immer als Ereptitium an den Fiscus falle, ohne Anstoß zu nehmen an dem Resultat, daß darnach die Erbschaft des Gezwungenen, der gar kein Testament errichten wollte, dem Fiscus in den Schooß falle, und obwohl es an einem direkten Beweise dafür fehlt: denn L. 2. §. 2. D. h. t. 29. 6. gibt ihn nicht (vgl. pr. §. 1. ibid.), trotz der L. 19. D. de his quae ut indign. 34. 9. Vangerow a. a. O. Aber auch des Letzten jetzige Meinung entbehrt jeder positiven Stütze. Das Edikt über metus und die in integrum restitutio propter metum können nicht hierher bezogen werden, da beide nur auf Beseitigung einer dem Gezwungenen zugefügten Läsion gerichtet sind, von der hier keine Rede sein kann, und die civilis disceptatio in L. 1. Cod. cit. ist gewiß eben so wenig auf jene Rechtsmittel als auf die Ereption durch den Fiscus zu beziehen, sondern wird am einfachsten von dem durch die gewöhnlichen Erbrechtsklagen herbeigeführten Streite über die Gültigkeit des Testaments verstanden. Die Streitfrage ist jedoch nach dieser neuern Ansicht Vangerow's praktisch von geringer Erheblichkeit, da natürlich nur solche Personen, welche ein Interesse dabei haben, das Testament als nichtig anfechten werden. Uebrigens vgl. noch §. 520. A. 2. 1. f. In andrer Weise erklärt sich jetzt für Anfechtbarkeit (nur von Seiten des durch die erzwungene Erbeinsetzung Ausgeschlossenen, des Intestaterben oder des freiwillig Eingesetzten) nach Analogie von Nr. 2. u. arg. L. 4. §. 10. D. de doli m. except. 44. 4. Windscheid §. 548. A. 2..5. Also der unfreiwillig nicht Eingesetzte käme nicht in Betracht? Wenn der Testator den A freiwillig auf $^1/_4$, den B gezwungener Weise auf $^3/_4$ anstatt des C, den er einsetzen wollte, eingesetzt hat, so bekommt A die ganze Erbschaft, C nichts? auch wenn dieser der nächste Intestaterbe, B ein Fremder ist? oder soll C zu $^3/_4$ ab intestato erben neben A, gegen die Regel des §. 470? — [Schloßmann z. L. v. Zwange. 1874. §. 6. S. 48 fg. bestreitet sowohl die Nichtigkeit als die Anfechtbarkeit des erzwungenen Testamentes.

Dagegen Windscheid §. 548. A. 2. a. E.] Ueber Zwang durch Zureden (z. B. „maritali sermone") vgl. L. 3. D. h. t. 29. 6. L. 3. Cod. h. t. 6. 34. Glück Th. 33. S. 433 fg. Schletter's Jahrb. XII. S. 20. [Nr. 37.] Zudringlichkeit des Arztes? prakt. Arch. n. F. I. S. 345 fg.

[3] Auch die Erbeinsetzung überhaupt eines unehelichen Postumus? Vgl. Unger §. 14. A. 6. Windscheid §. 548. A. 20.

[4] L. 71 (70). cit. Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis. Hartmann z. L. v. d. Erbvertr. und gemeinsch. Test. S. 129 fg. behauptet hiernach, daß als captatorische auch die Bedingung der Nichtänderung eines schon errichteten Testaments unter das Verbot falle. — Auch „die captirte Disposition für ungültig zu halten (Mühlenbruch a. a. O. Thl. 40. S. 221 fg.), ist ein Irrthum, der kaum den Schein eines Grundes für sich hat". Puchta §. 472. not. g. Keller Institut. S. 370 fg. Neuere Gesetzgebungen haben diese Beschränkung überhaupt nicht aufgenommen. Unger Erbr. §. 16. A. 8. §. 24. A. 7. — Nach älterem R. R. war noch ungültig die letztwillige Verfügung, die wesentlich nur den Zweck der Bestrafung eines Andern hatte *(poenae nomine relictum)*, Gai. II. 235 .. 37. 243. 288. Ulp. XXIV. 17. XXV. 13.; nach Just. Recht ist sie gültig, wenn nur nicht die Unterlassung von etwas Unmöglichem oder Unsittlichem oder das Thun von rechtlich oder sittlich Gebotenem mit einem Nachtheil bedroht wird. L. un. Cod. de his quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur. 6. 41. §. ult. J. de legat. 2. 20. cf. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur. 34. 6. Keller a. a. O. S. 368 fg. [H. Steinfeld über d. Grundsatz der benevolentia für d. Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen. Celle 1884. Eine Zuwendung, die nicht aus Wohlwollen für den Bedachten geschieht, sei ein Widerspruch in sich selbst. Darum seien ungültig die in den Noten g, h, k, q erwähnten Anordnungen, und ebenso das poenae n. rel.]

[5] Ulpian (fragm. XXII. 4.) stellt als Grundsatz auf: *„certum consilium debet esse testantis"*, und führt dies als Grund an für den Satz des alten Rechts, daß eine incerta persona nicht eingesetzt werden könne. Gai. II. 238. Durch eine Justinianische Constitution ist dies zulässig und wirksam geworden, sofern nur die jetzige Unbestimmtheit der Person später beseitigt werden kann. §. 25 .. 27. J. de legat. 2. 20. L. un. Cod. de incertis personis. 6. 48. (lex restituta). Vgl. Heimbach in Linde's Ztschr. n. F. V. 1. Dennoch aber sagt L. 32. pr. D. de hered. instit. 28. 5. (Gai.): Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, und ferner L. 69 (68). eod. (Pompon.): Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio; obwohl sie gültig wäre sub hac conditione: *si Titius in Capitolium ascenderit.* Cf. L. 52. D. de cond. et dem. 35. 1. (Modestin.): „non tamen poterit ... utiliter legari: *si Maevius voluerit, Titio decem do:* nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest". Aber L. 1. pr. D. de legat. II. (Ulp.) In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest; quid enim interest: *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an: *si voluerit?* und L. 43. §. 2. D. de legat. I. (Ulp.): Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. L. 46. §. 2. D. 40. 5. (Ulp.): Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est,

quemadmodum si mihi legatum esset: *si Titius Capitolium ascenderit*. Ueber die Vereinigung dieser Stellen vgl. Vangerow §. 432. Savigny III. S. 133 fg. Puchta §. 472. not. l. Sintenis §. 171. A. 4. Mayer v. Legaten §. 31. A. 12. und jetzt Arndts in der Fortsetzung von Glück's Pand. Th. 46. S. 355 fg., wo ausgeführt wird, daß bei Fideicommissen schon nach L. 46. §. 2. cit. und so nach Justinianischem Recht bei allen Vermächtnissen die Bedingung „*si Seius voluerit*" für zulässig zu erachten, L. 32. pr. und L. 69 (68). cit. aber für die Erbeinsetzung entscheidend geblieben seien. Aber ganz entgegen dem römischen Rechtssatz erklärt das cap. 13. X. de testam. 3. 26. (Innocent. III.): Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Die herrschende Meinung will indessen dieser Stelle gemeinrechtliche Geltung nicht zuerkennen, indem man annimmt, dieselbe habe sich nur auf besonderes Recht der Geistlichen bezogen. J. H. Boehmer adnot. ad cap. 13. cit. und im ius. eccles. ad h. t. §. 50. Glück's Pand. Th. 33. S. 476 fg. Th. 34. S. 1..23. Vangerow §. 432. a. E. Beseler in Reyscher's Ztschr. f. deutsches Recht IX. S. 144 fg. 192 fg. Heimbach im Rtslex. X. S. 908 fg., womit auch dieses Lehrb. in früheren Ausgaben übereinstimmte, vgl. auch Rtslex. III. S. 912. (civ. Schr. II. S. 70.) A. 26. Allein mit besserem Recht wird behauptet, daß vielmehr in cap. 13. cit. ein mittelalteriges Gewohnheitsrecht anerkannt sei, wonach es zulässig war, die Verfügung über seinen Nachlaß einem sog. manufidelis (Treuhänder) anzuvertrauen, daß es unberechtigt sei, dem klaren allgemeinen Satze des cap. 13. cit. durch Bezugnahme auf ein angebliches Privilegium der Geistlichen die gemeinrechtliche Geltung abzusprechen. Mayer a. a. O. A. 13. [Zöpfl deutsche Rechtsgeschichte §. 121. Abs. XI.] Bering Erbrecht S. 826 fg., und diese Ansicht ist jetzt ausführlich vertheidigt von Arndts in der Forts. von Glück's Pand. Th. 46. S. 362 fg. Dagegen jedoch wieder Serafini im Archivio giuridico [IV. p. 166 sqq.] „delle ultime volontà rimesse ad arbitrio d'una terza persona", auch besonders gedruckt Bologna 1869., Windscheid Pand. [§. 547. A. 3. 6.] §. 633. unter Nr. 6., auch Baron Pand. §. 396., welcher einfach die in cap. 13. cit. anerkannte Gewohnheit „in späterer Zeit geschwunden" erklärt. Das österr. Gstzb. §. 564. sagt ausdrücklich: „der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen; er kann dessen Ernennung nicht dem Ausspruch eines Dritten überlassen"; dazu Unger §. 14. A. 4. §. 15. A. 4. §. 57. A. 2. Anders das sächs. Gesetzb. §. 2086..2088. [Vgl. noch Sonnenschmidt Prakt. Erört. Nr. 6: „Rechtsbeständigkeit einer auf Befragen durch Bejahung erfolgten Erbeinsetzung", und dagegen österr. Gesetzb. §. 565.] — Zulässig ist es, unter mehreren alternativ bedachten Personen einem Andern die Auswahl zu überlassen, bei deren Unterlassung dann alle gleichberechtigt sind. L. 24. D. de legat. II. Vgl. jedoch Unger §. 14. A. 4. Das einfache *ille aut ille* aber soll schlechthin copulativ *(ille et ille)* verstanden werden. L. 4. Cod. de V. S. 6. 38. Arndts a. a. O. S. 456 fg. [Bernstein in der Ztschft. f. Rechtsgesch. XVII. Roman. Abth. S. 177 fg.]

[5a Falsa demonstratio non nocet. Vgl. Leonhard Irrthum S. 330 fg. Eisele dogm. Jahrb. XXIII. S. 18 fg.]

6 Vgl. Unger Erbr. §. 44. A. 2. „Nach österr. Recht hängt die Wirksamkeit der Verfügung von dem Schicklichkeitsgefühl des Bedachten ab." [Auch beschimpfende Legate sind ungültig: L. 54. pr. D. de legat. I., Hartwig Steinfeld (s. Anm. 4.) §. 4.]

7 Vgl. darüber Keller Institut. S. 361 fg. Unger §. 10. A. 19. [Windscheid §. 546. Anm. 4.]

### b) Von der Erbeinsetzung insbesondere[1].

## §. 492.

### α) Fähigkeit des eingesetzten Erben.

Zur Gültigkeit der Erbeinsetzung[a] ist *testamenti factio* (sog. t. f. *passiva*) des Eingesetzten, die Fähigkeit eingesetzt zu werden, erforderlich[b], und zwar zur Zeit der Testamentserrichtung[c], während die Fähigkeit, aus dem Testament zu erwerben (*capacitas*)[2], nicht nothwendig schon in diesem Zeitpunkte vorausgesetzt wird[d]. Unfähig, eingesetzt zu werden, sind überhaupt erbunfähige Personen[3]. Zulässig ist die Einsetzung eines noch Ungeborenen[e], Postumus[4]. Juristische Personen können eingesetzt werden, sofern sie als erbfähig anerkannt sind[f], und milde Stiftungen[g] können durch Erbeinsetzung auch erst geschaffen werden[5].

Eine Beschränkung der Capacitas findet statt nach §. 417. 2. und für natürliche Kinder und deren Mutter[h], welchen zusammen vom Erzeuger nicht mehr als $^1/_{12}$ der Erbschaft, der Mutter allein nicht mehr als $^1/_{24}$, hinterlassen werden kann, wenn rechtmäßige Kinder vorhanden sind[6]. [An diese fällt das zuviel Hinterlassene.]

Anm. 1 Vgl. überhaupt Mühlenbruch in der Fortsetz. von Glück's Pandekten. Th. 39. S. 116..470. Th. 40. S. 1..247. Arndts das. Th. 46. S. 379 fg. u. im Rtslex. III. S. 907..918., civ. Schr. II. Nr. 87. S. 65..76.

2 Ueber den Unterschied zwischen Testamentifactio und Capacitas s. Mühlenbruch Th. 39. S. 117 fg. Vangerow §. 429. Arndts im Rechtslex. S. 908 (civ. Schr. II. S. 65) fg. Köppen Erbr. I. S. 297 fg. 315 fg. Windscheid §. 549. 550. Wichtige Fälle bloßer Incapacität bestanden im ältern Recht nach der Lex Julia et Papia Poppaea bei Ehe- und Kinderlosen (darüber G. Hartmann in d. Ztschr. für Rechtsgesch. V. S. 219..255.), und nach der Lex Junia Norbana bei Latini Juniani; beide sind im Just. Recht antiquirt. In diesem kommt noch vor eine Incapacität der mulieres probrosae (L. 41. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. cf. L. 23. pr. §. 1..3. Cod. de nupt. 5. 4.), welche aber in der gemeinrechtlichen Praxis nicht anerkannt wird. Mühlenbruch Th. 39. S. [264 fg.] 276 fg. Sintenis III. §. 167. A. 15. — Auf die Capacität bezieht sich L. 63 (62). pr. D. h. t. In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: *Lucius Titius, quum capere*

[a] Inst. de heredibus instituendis. 2. 14. Dig. 28. 5. Cod. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt. 6. 24. [b] Ulp. XXII. 1. 2. (§. 484. A. 1.) [c] §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. L. 50 (49). §. 1. D. h. t. 28. 5. cf. L. 201. 210. D. de R. J. [d] L. 63 (62). pr. D. h. t. cf. L. 51. pr. L. 52. D. de legat. II. Ulp. XVII. 1. XX. 8. 14. XXII. 3. Gai. II. 111. 144. 286. 286 a. [e] pr. J. de bon. poss. 3. 9. §. 28. J. de legat. 2. 20. L. 6. D. de ventre in poss. mitt. 37. 9. L. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 6. pr. D. de inoff. test. 5. 2. L. 127. D. de legat. I. cf. Gai. II. 242. 287. Ulp. XXII. 18. 19. [f] L. 8. 12. Cod. h. t. (cf. L. 1. §. 1. D. de libert. univ. 38. 3.) L. 1. 13. 22. 23. pr. L. 45 (46). Cod. de ss. eccles. 1. 2. Nov. 131. cap. 9. (§. 471. A. 3.) [g] L. 24. 48 (49). Cod. de episcop. et cler. 1. 3. Nov. 131. cap. 11. cf. L. 28. Cod. l. c. 1. 2. [h] Nov. 89. cap. 12. §. 2. 3. cap. 13. cf. L. 2. 8. Cod. de natural. lib. 5. 27.

*potuerit, heres esto.* Idem et in legato. Mit Unrecht haben darauf Manche (Mühlenbruch Th. 39. S. 145 fg. Mayer Erbr. I. S. 45.) die Behauptung gegründet, es könne ein zur Zeit Unfähiger unter der Bedingung eingesetzt werden, wenn er später die Testamentifactio erlange. Arndts im Rh. Mus. V. S. 212 fg., im Rtslex. III. S. 910. (civ. Schr. II. S. 67 fg. 491 fg.) Köppen Erbr. I. S. 314 fg. 321. — Privilegirt sind in Beziehung auf das fragliche Erforderniß einer gültigen Erbeinsetzung die Soldaten. L. 13. §. 2. D. de testam. mil. 29. 1. L. 5. Cod. eod. 6. 21. Arndts in der Forts. v. Glück's Pand. Th. 46. S. 384 fg. [S. aber jetzt §. 487. A. 1.]

3 Vgl. §. 471. Möglichkeit der Einsetzung von Sklaven, der eigenen des Testators mit testamentarischer Freilassung, oder fremder, deren Herr testamenti factio hatte: pr. . . §. 3. J. h. t. 2. 14. cf. Gai. II. 185 . . 189. Ulp. XXII. 7 . . 13. — Nicht unfähig ist der intestabilis als solcher. L. 18. §. 1. L. 26. D. qui test. fac. 28. 1.; vgl. §. 484. A. 1.

4 Ob nur ein Postumus, der Descendent des Testators ist? Heumann in Linde's Ztschr. XIX. 10. S. 331. 338 fg. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 378 fg. Arndts a. a. O. S. 396 fg. vgl. Heimbach in Linde's Ztschr. n. F. V. S. 15 fg. §. 491. not. f.

5 Vgl. §. 46. A. 3. 4., dazu Seuffert's Arch. XVI. 232. Unger Erbr. §. 14. A. 8. Windscheid §. 549. A. 3 fg.

6 Köppen Erbr. I. S. 316 fg. Die letzte Bestimmung bezieht sich jedoch im R. R. nur auf Concubinenkinder; ihre heutige Anwendbarkeit ist daher bestritten. Mühlenbruch a. a. O. S. 323 fg. Vangerow §. 429. A. 2. I. „Allein die fragliche Beschränkung hat ihren Grund in der Verwerflichkeit des Concubinats (L. 12. §. 3. (L. 12. c. m.) Cod. 5. 27: [„quia vitium paternum (re)frenandum esse existimaverunt"]); es wäre aber wahrlich sonderbar, jene nun für aufgehoben anzusehen, nachdem diese Verwerflichkeit durch die gesetzlich ausgesprochene Unerlaubtheit des Concubinats noch gesteigert worden. . . . Mit Recht wird vielmehr von Andern sogar die Ausdehnung jener Beschränkung auf die spurii behauptet." Arndts im Rtslex. III. S. 917 (civ. Schr. II. S. 75.); vgl. §. 476. Puchta §. 471. not. d. Mayer I. S. 43. 44. Windscheid §. 550. A. 9. Seuffert's Arch. X. 64. Dagegen freilich Vangerow a. a. O. Seuffert's Arch. VIII. 68. XI. 262. — Daß in diesen heute allein noch praktischen Fällen beschränkter Capacität (nicht, wie Vangerow [A. 2. a. A.] annimmt, Einsetzungsunfähigkeit) die L. 62 (63). pr. cit. (A. 2.) anwendbar sei, wird mit gutem Grunde in Abrede gestellt von Köppen a. a. O. S. 322 fg. Windscheid a. a. O.

## §. 493.

### β) Form der Erbeinsetzung.

Die Erbeinsetzung erfordert eine Erklärung, welche den Willen des Erblassers, eine näher bezeichnete Person[a] zum Erben zu berufen, in beliebigem Ausdruck, aber hinreichend bestimmt, ausspricht[b], nicht blos vermuthungsweise errathen läßt[1]. Zur Bezeichnung des Erben kann, wie der Name, so auch ein anderes Kennzeichen dienen[c]. Auch kann der

a L. 9. §. 9. D. h. t. 28. 5. b L. 15. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 1. §. 5 . . 7. L. 49 (48). pr. D. h. t 28. 5. Gai. II. 116. 117. Ulp. XXI. c L. 9. §. 8. D. h. t. cf. §. 491. not. l . . q.

Testator auf eine andere Urkunde verweisen, worin der Erbe angegeben sein werde[d], sog. *institutio mystica*[2] (testamentum mysticum).

Die Erbeinsetzung sollte ihrem Wesen gemäß nur auf die Erbschaft schlechthin oder einen Bruchtheil derselben (sog. pars *quota*) gerichtet sein. Hat jedoch der Erblasser diesem zuwider Jemanden zum Erben eingesetzt auf einen bestimmten Vermögens-Gegenstand oder Bestandtheil oder auf eine bestimmte Summe [sog. inst. ex re certa], so wird diese Verfügung in der Regel gleichwohl als wahre Erbeinsetzung aufrecht erhalten[e], als ob jene Beschränkung nicht hinzugefügt wäre[3]. Indessen wird doch auch dem darin enthaltenen beschränkenden Willen des Erblassers Folge gegeben, in so fern man darin ein dem so eingesetzten Erben auferlegtes Fideicommiß erkennt, sei es zu Gunsten der Intestaterben[f] oder der in einem früheren Testament eingesetzten Erben[g] oder der Miterben[h] oder auch bestimmter anderer Personen[4], wogegen dann jener den ihm bestimmten Gegenstand von diesen als Vermächtniß zurückempfängt, in gleicher Weise, als wenn Jemand zwar schlechthin zum Erben eingesetzt, aber mit bestimmten Vermögensgegenständen sich zu begnügen angewiesen ist[i]. Insbesondere wird, wenn neben anderen gehörig Eingesetzten Jemand in jener an sich ungehörigen Weise zum Erben ernannt ist, der letzte in Concurrenz mit den ersten von vornherein als bloßer Vermächtnißnehmer behandelt, als ob er denselben seinen Erbtheil sofort nach der Antretung als Universalfideicommiß restituirt hätte[k], während sich in andern Beziehungen seine Erbeneigenschaft allerdings noch geltend machen kann[5]. Ist umgekehrt Jemand mit Ausnahme eines gewissen Gegenstandes zum Erben eingesetzt, so gilt er durchaus als wirklicher Erbe[6], muß aber ebenfalls das dem erkennbaren Willen des Erblassers gemäß in jener beschränkenden Verfügung verborgene Vermächtniß anerkennen[l].

Anm. [1] Daher: in conditione positus non est in dispositione. L. 19. D. h. t. L. 16. §. 1. D. de vulg. subst. 28. 6., denen L. 86 (85). D. h. t. nicht widerspricht. Mühlenbruch Th. 40. S. 234 fg. Puchta §. 478. not. c. Bering S. 307. A. 8. Unger §. 14. A. 2. Jedoch anderer Meinung Vangerow §. 449. A. 1. arg. L. 15. §. 1. (L. 15. c. m.) Cod. de testam. (not. b.), auch Windscheid §. 546. A. 11. Tewes I. S. 253. Der Letzte meint, wenn ich z. B. testire: „versterbe ich ohne Kinder, so soll Sempronia meine Erbin sein", so liege darin klar

[d] L. 78 (77). D. h. t. L. 12. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 10. D. de cond. inst. 28. 7. L. 38. D. de condit. 35. 1. [e] L. 1. §. 4. L. 9. §. 13. L. 10. 11. D. h. t. L. 41. §. 8. D. de vulg et pup subst. 28. 6. L. 30 (29). D. ad Sc. Treb. 36. 1. [f] arg. L. 69. pr. D. de legat. II. cf. §. 25. J. de legat. 2. 20. [g] L. 30 (29). cit. §. 3. J. quib. mod. test. infirm. 2. 17. [h] L. 35. L. 79 (78) pr. D. h. t. L. 17. pr. D. de test. mil. 29. 1. [i] L. 69. pr. cit. [k] L. 13. Cod. h. t. 6. 24. cf. L. 1. Cod. Greg. de fam. erc. 3. 6. [l] L. 75 (74). D. h. t. L. 86. pr. D. de legat. II.

ausgesprochen, daß die Kinder zu Erben eingesetzt seien. Keineswegs: vgl. L. 83 (82). 86 (85). D. h. t. Seuffert's Arch. XVIII. 152. dagegen XIX. 165.

[2] L. 78 (77). D. h. t. „. . . ita scriptum est: *quem heredem codicillis fecero, heres esto;* Titium codicillis heredem instituit; eius quidem institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur. Fein in der Fortsetzung v. Glück's Erläutr. Th. 45. S. 116 fg. Streitig: a) wie weit sich dies erstrecke? ob man namentlich im Testament auch überhaupt die anderweitige Bestimmung der Erbfolge wirksam sich vorbehalten könne? So Krämel im civ. Arch. XLIII. 3. XLVI. 4.; dagegen Chop das. XLIV. 12. Windmüller das. XLV. 15. Seuffert's Arch. XI. 55. 57. S. 74. b) ob die Urkunde der Codicillarform (§. 545.) bedürfe? Tewes I. S. 253.; dagegen Fein a. a. O. Seuffert's Arch. XI. 55. Aber vgl. österreich. bürg. Gstzb. §. 582. „Eine Verfügung des Erblassers durch Beziehung auf einen Zettel oder auf einen Aufsatz ist nur dann von Wirkung, wenn ein solcher Aufsatz mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nöthigen Erfordernissen versehen ist". Unger §. 13. A. 8. c) ob die institutio mystica auch bei einem mündlichen Testament zulässig sei? Dagegen Glück [nicht Mühlenbruch, denn s. Thl. 35. S. 119.] in den Erläutr. der Pandekten Th. 35. S. 13 fg. „Ein mündliches mystisches Testament ist ein Unding". Mayer v. d. Legaten I. S. 183 fg. [A. 25.] u. a. Allein der Letzte gibt selbst zu, daß es an einem innern Grunde für diese Meinung fehle und weder L. 21. pr. D. qui test. fac. 28. 1., noch die R.O. [v. 1512. Tit. II.] §. 8. sind geeignet, sie positiv-rechtlich zu begründen; denn beide sagen nichts mehr, als daß die Erbeinsetzung („*Titius*", oder: „*quem codicillis heredem scripsero, heres esto*") den Zeugen vernehmlich erklärt sein müsse. Arndts im Rechtslex. III. S. 919 (civ. Schr. II. S. 77). A. 77. Unger a. a. O. Windscheid §. 546. A. 10. vgl. Arndts in d. Forts. v. Glück's Erl. Th. 46. S. 367 fg. Th. 47. S. 396 fg.

[3] L. 1. §. 4. D. h. t. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. L. 9. §. 13. eod. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur. L. 30 (29). D. ad Sc. Treb. „licet in eo (testamento) certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset". — Eine sehr gründliche und erschöpfende Bearbeitung dieser bisher sehr streitigen Lehre besitzen wir jetzt in folgendem Werke, das die ganze ältere Literatur darüber entbehrlich macht: Die heredis institutio ex re certa. Eine civilistische Abhandlung von Dr. Carl Neuner. Gießen 1853. (556 S.). Vgl. Vangerow 6. u. 7. Aufl. II. §. 449. A. 2. Unger Erbr. §. 8. A. 4. 6. Dagegen jedoch in wesentlichen Punkten eine neuere Abh. von Padelletti d. L. v. d. Erbeinsetzung ex re certa, Berlin 1870., italienisch im Archiv. giurid. vol. IV. Vgl. Windscheid in d. krit. Vjschr. XII. S. 476 fg. Kuntze über die Erbeinsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke (instit. ex re). Leipzig 1875. (2 Hefte). Schwing zur L. v. d. heredis inst. ex re certa. Stralsund 1875. [Ueber beide Schriften Brinz in d. krit. Vjschr. XVII. S. 567 fg. 575 fg. — Vgl. Kuntze Cursus 2. Aufl. §. 885. F. Hofmann Krit. Studien im R. R. 1885. S. 182 fg.] — Ein hierhergehöriger Fall ist auch der, wenn Jemand auf den Nießbrauch des Vermögens eingesetzt ist. Neuner S. 548 fg. Vangerow S. 157 fg. Sintenis §. 172. A. 22. Seuffert's

Arch. XV. 141. — Eine Ausnahme von der Regel (not. e.) kann durch den Willen des Erblassers begründet sein, L. 9. §. 13. in f. D. h. t. §. 494. A. 1., und tritt insbesondere beim Soldatentestament ein. L. 6. 17. D. de test. mil. 29. 1. vgl. §. 494. A. 4. Reuner S. 485..526.

[4] Die Möglichkeit eines solchen Fideicommisses zu Gunsten irgend welcher vom Erblasser bestimmt bezeichneter Personen ist nach allgemeinen Grundsätzen unzweifelhaft; zu Gunsten der Miterben (not. h.) und der in früherem Testament Eingesetzten (L. 30 (29). cit. in not. g. „propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est") kann es als stillschweigend angeordnet gelten; ausdrückliche Bestätigung des frühern Testaments ist im letzten Fall nicht erforderlich, streitig aber, ob wegen der Beschränkung der im zweiten Testament eingesetzten Erben auf res certae ohne weiters, wenn nichts entgegensteht, ein Universalfideicommiß zu Gunsten der im frühern Testament eingesetzten anzunehmen sei? Darüber und über die Erklärung der L. 30 (29). cit. vgl. Mühlenbruch in der Forts. von Glück, Th. 38. S. 472 fg. Fein das. Th. 45. S. 267 fg. Reuner a. a. O. S. 76 fg., dagegen Vangerow II. §. 460. A. [S. 203.] Tewes I. S. 255. Zu Gunsten der Intestaterben (schlechthin, nicht etwa bestimmter Personen, die zur Zeit die nächsten Intestaterben sein würden, L. 69. pr. in nota f. cit.), war ein stillschweigendes Fideicommiß anzunehmen nach älterem Recht seit Hadrian (Gai. II. §. 287.) unmöglich, weil jene incertae personae waren; nachdem aber im Justinianischen Recht Vermächtnisse an incertae personae für zuläsig erklärt worden sind, wird man auch in der fraglichen Beschränkung des eingesetzten Erben ein Fideicommiß zu Gunsten der noch unbestimmten künftigen Intestaterben anzuerkennen nach Analogie von L. 69. pr. cit. meistens berechtigt sein. — Anderer Ansicht überhaupt Padelletti a. a. O. S. 72 fg. Er „weist die Verwerthung der Fideicommißtheorie für d. L. v. d. heredis institutio ex re certa zurück... tauscht dafür die bedenkliche Schwierigkeit eines stillschweigenden Prälegats ein" (Windscheid a. a. O. S. 479.), läugnet daher, wenn ein einziger Erbe ex re certa eingesetzt ist, überall ein Anrecht Anderer auf das übrige Vermögen. Gegen Padelletti vgl. auch Arndts in der Fortsetzung von Glück Th. 47. S. 411 fg. 417 fg. 438 fg.

[5] L. 13. Cod. h. t. (Justinian. a. 529.) Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri. Reuner S. 384 fg. Vangerow in der 6. und 7. Aufl. §. 449. A. 2. Nr. III. Dagegen Sintenis auch noch in der 3. Aufl. §. 172. A. 21., auch Padelletti a. a. O. S. 40 fg., vgl. Windscheid a. a. O. S. 477 fg. Seuffert's Arch. IX. 51. XI. 56. 63.

[6] Reuner S. 37 fg. will auch in der institutio heredis excepta re certa eine Art der institutio ex re certa erkennen. Dagegen mit Recht Mandry im civ. Arch. LI. 5. vgl. Arndts in der Forts. v. Glück Th. 47. S. 42 fg. Windscheid Pand. §. 553. A. 1.

## §. 494.

### γ) Einsetzung mehrerer Erben.

Der Testator kann mehrere Erben ernennen, so viele ihm beliebt[a]. Bestimmt er nicht anders, so sind diese zu gleichen Theilen eingesetzt[b]. Dies gilt auch dann, wenn sie auf verschiedene Summen oder Sachen oder selbst auf verschiedene Theile derselben Sache eingesetzt sind[c], sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers klar erkennbar ist, namentlich etwa die Absicht, in solcher Weise dennoch in der That nur das Verhältniß der Erbtheile zu bestimmen[1].

Er kann aber auch den einzelnen Erben beliebig die Erbtheile bestimmen[2], direkt[d] oder indirekt[e], auch stillschweigend durch die Art der Erbernennung[f], indem er mehrere im Gegensatz der übrigen zusammen ernennt[3], sowie auch ausdrücklich mehrere zu einem bestimmten Erbtheil vereinigt werden können[g]. Die festgesetzten Erbtheile vergrößern sich nach Verhältniß, wenn sie das Ganze nicht erschöpfen[4], vermindern sich, wenn sie dasselbe überschreiten[h]. Ist aber einem oder einigen Erben der Erbtheil bestimmt, andern nicht, so bekommen die letzten zu gleichen Theilen, was übrig ist[i], und wenn die den ersten angewiesenen Erbtheile das Ganze schon erschöpfen oder überschreiten, so werden diese auf $^1/_2$, nöthigenfalls auf $^1/_3$ u. s. w. herabgesetzt[5], um für die übrigen noch einen Resttheil zu gewinnen[k], es wären denn diese ausdrücklich nur „auf den Rest" eingesetzt, wo keiner mehr vorhanden ist[l].

Anm. [1] L. 10. D. h. t. Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent, nec enim facile *sed diversitate pretium* portiones inveniuntur; ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset. So der Text der Florentina, jedoch mit der Correctur *ex* für *sed;* aber Torelli bessert: *ex diversitate partium;* andere Handschriften haben: *sed div. praediorum*, und so liest Haloander: *ex diversitate praediorum.* Vgl. Reuner a. a. O. S. 135 fg. Dieser billigt die Torellische und bekämpft die von Mühlenbruch Thl. 40. S. 181 fg. gebilligte Haloandrische Lesart: mit Unrecht; denn allerdings ist es die Verschiedenheit der beiden Ganzen, von denen Theile genannt sind, welche die Ermittelung entsprechender Erbtheile besonders schwierig macht. Bei der Erbeinsetzung auf Theile desselben Grundstückes ist diese leichter gegeben, und wird daher auch in

[a] §. 4. J. h. t. 2. 14. [b] §. 6. J. eod. L. 9. §. 12. D. h. t. 28. 5. [c] L. 9. §. 13. L. 10. 11. D. eod. cf. §. 493. not. e..l. [d] L. 13. §. 1. eod. L. 48 (47). §. 1. L. 82 (81). pr. eod. [e] L. 2. 36. 82 (81). §. 1. eod. L. 12. D. de b. p. s. t. 37. 11. [f] L. 11. 13. pr. L. 60 (59). §. 2. D. h. t. cf. L. 67 (66). eod. [g] L. 142. D. de V. S. L. 15. pr. D. h. t. [h] §. 5. 7. J. h. t. 2. 14. L. 13 §. 2..7. D. h. t. cf. L. 23. Cod. de legat. 6. 37. [i] §. 6. J. h. t. L. 17. pr. §. 1. D. eod. [k] §. 6. 8. J. h. t. L. 17. §. 3..5. L. 18. 20. §. 1. L. 88 (87). D. eod. [l] L. 17. §. 3. L. 79 (78). §. 3. L. 80 (79). eod.

L. 9. §. 13. in f. für diesen Fall eine darauf gerichtete Willensinterpretation vorbehalten. Vgl. §. 493. A. 3. Neuner S. 134. Mommsen (Dig. I. p. 836) schlägt vor: *ex diversitate pretii partium*.

[2] Die Römer nennen das Ganze *As* (daher heres ex asse der einzige Erbe), und theilen es in 12 unciae, deren mehrere vereinigt, von 2—11 aufwärts, wie folgt, bezeichnet werden: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx; semuncia = $^1/_2$ uncia = $^1/_{24}$; sescunx oder sescuncia = $1^1/_2$ uncia = $^1/_8$. cf. §. 5. J. h. t. L. 13. §. 1. L. 51 (50). §. 2. D. h. t. Der Testator war aber an diese Eintheilung und Benennung keineswegs gebunden (not. d. e.). [Die Angabe von Theilen war als Vertheilungsmodus, als Proportion, gemeint. Hofmann Krit. Stud. Nr. III.]

[3] Z. B. *Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunto* (L. 11. pr. (L. 11. c. m.) Cod. 6. 26.), oder *Primus et fratris mei filii heredes sunto* (L. 13. pr. D. h. t.). Anders erklärte man es, wenn gesagt war: *Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto;* nam haec adiectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos: . . . qua detracta, semissem fratris filii, semissem Primus haberet. L. 13. pr. cit. cf. L. 67 (66). eod. Vgl. Seuffert's Arch. VIII. 151. Arch. f. prakt. Rechtsw. III. S. 479 fg. Unger §. 15. A. 7..9. — Die zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil Verbundenen (not. f. g.) heißen coniuncti, re coniuncti, und wenn sie in derselben Satzverbindung ernannt sind, re et verbis coniuncti.

[4] Darnach gilt der einzige ernannte Erbe als heres ex asse institutus, wenn er auch ausdrücklich auf einen Theil oder auf bestimmte Sachen eingesetzt ist. L. 1. §. 4. D. h. t. L. 41. in f. D. de vulg. subst. 28. 6. — Der Grund davon liegt in der Regel des §. 470. A. 2. Daher auch eine [jetzt durch das R.Mil.G. §. 44 beseitigte] Ausnahme bei Soldatentestamenten L. 6. 17. pr. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. L. 1..3. Cod. eod. 6. 21. Vgl. Unger Erbr. §. 4. A. 2. §. 15. bei A. 2. 5. [Hofmann a. a. O. Nr. V.] — Uebrigens kann darin, daß der einzige oder alle Erben ausdrücklich auf bestimmte Erbtheile, die zusammen das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt sind, auch ein stillschweigend angeordnetes Fideicommiß erkannt werden, wie nach §. 493. A. 4. Windscheid §. 552. A. 3 fg.

[5] Die Römer nahmen hier ein Doppel-As an, von 24 (Halb-) Unzen, *dupondius* (darauf bezieht sich der Ausdruck in alium assem venire), und gingen nöthigenfalls zu einem dritten As über, so daß das Ganze in 36 (Drittel-) Unzen zerfiel u. s. w. (not. k.). Vgl. Arndts im Rtslex. III. S. 921 (civ. Schr. II. S. 78) fg. Anders das österr. bürgerl. Gesetzbuch §. 557. 558; vgl. Unger §. 15. S. 63.

## §. 495.

### δ) Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung.

Die Wirksamkeit der Erbeinsetzung kann weder durch eine wahre Zeitbestimmung (§. 73.) aufgeschoben, noch auf eine gewisse Dauer beschränkt werden[1]. Eine Nebenbestimmung dieser Art wird als nicht beigefügt angesehen[a], ausgenommen in Soldatentestamenten[b]; [s. aber jetzt §. 487. A. 1.]

[a] §. 9. J. h. t. L. 14. L. 34. D. eod. 28. 5. L. 89 (88). i. f. eod. [b] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de testam. mil. 29. 1.

Allgemein zulässig ist es dagegen, die Erbeinsetzung von einer (Suspensiv-) Bedingung[2] abhängig zu machen[c]; nur die unmögliche oder unsittliche Bedingung gilt für nicht geschrieben[d]. Die Erfüllung der Bedingung kann in der Regel sowohl bei Lebzeiten des Testators als nach dessen Tode[e], muß aber jedenfalls noch bei Lebzeiten des Eingesetzten geschehen[f], damit die Erbeinsetzung als unbedingte wirksam werde[3]. Besteht die Bedingung in einer willkürlich zu wiederholenden Handlung des Eingesetzten, so muß diese in der Regel nach dem Tode des Testators und mit Rücksicht auf dessen Willen vorgenommen werden[g].

Ist die Bedingung beim Tode des Erblassers noch schwebend, so wird die Delation der Erbschaft noch aufgeschoben. Allein der Eingesetzte kann einstweilen schon bonorum possessio erlangen[h], muß aber Caution leisten wegen Restitution der Erbschaft, falls die Erfüllung der Bedingung ausbliebe[i]. Bei einer auf ein Unterlassen des Eingesetzten gestellten Bedingung insbesondre, deren Erfüllung bis zum Tode desselben unentschieden bleibt, kann jener durch Leistung der zunächst für Legatarien eingeführten Mucianischen Caution[k] den Zutritt zur Erbschaft gewinnen[4].

Auch ein Modus (§. 74.) kann der Erbeinsetzung hinzugefügt, und zu dessen Erfüllung der Erbe theils indirekt vom Testator selbst durch Androhung einer Strafe[l], theils von demjenigen, dessen Vortheil die Auflage bezweckt[m], theils von Miterben[n], und nöthigenfalls durch obrigkeitliches Einschreiten[o] angehalten werden[5]. Als Modus aber wird es auch behandelt, wenn die Einsetzung an die Bedingung geknüpft ist, eidlich eine gewisse Leistung zu versprechen[p].[6]

Anm. [1] Demnach ist eine Resolutivbedingung unzulässig. §. 68. A. 3. Man behauptet, dieselbe sei in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln: arg. L. 10. pr. L. 14. pr. D. de adim. leg. 34. 4. L. 107. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 6. pr. D. quando dies. 36. 2. Wening-Ingenheim im civ. Arch. I. 9. Zimmern das. VII. 7. Dagegen Thibaut das. V. [3. Heft. 1. recte:] 13. [S. 317 fg.] VII. 19. Mühlenbruch Th. 40. S. 190 fg. Vangerow §. 434. A. 1. [I. 1.]

[c] Dg. de conditionibus institutionum. 28. 7. [d] §. 10. J. l. c. [L. 3. D. 35. 1.] L. 1. 6. 9. 14. 15. D. l. c. 28. 7. L. 46 (45). D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 6. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. [e] L. 2. 91. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 10. pr. L. 19. pr. eod. L. 10. §. 1. L. 11. eod. [f] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 59. 101. D. l. c. 35. 1. L. 28. D. h. t. 28. 7. [g] L. 2. 11. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. [h] L. 5. pr. L. 6. 10. 12. in fin. D. de b. p. s. t. 37. 11. cf. L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [i] L. 12. D. qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. D. de stip. praet. 46. 5. cf. L. 1. §. 7. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. Nov. 22. cap. 44. §. 9. [k] L. 7. pr. L. 18. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 72. §. 2. L. 73. 79. §. 2. 3. L. 101. §. 3. L. 106. eod. [l] L. 6. pr. L. 27. D. l. c. [m] L. 2. Cod. de his quae sub modo. 6. 45. §. 36. J. de legat. 2. 20. [n] L. 18. §. 2. L. 44. in f. D. fam. erc. 10. 2. L. 7. D. de annuis leg. 33. 1. [o] L. 7. cit. L. 50. §. 1. D. de her. pet. 5. 3. [p] l. 8. D. h. t. 28. 7. cf. §. 72. A. 5. g.

Indessen kann wohl auch in der Beifügung einer Resolutivbedingung oder eines Endtermins ein Fideicommiß erkannt werden. Windscheid §. 554. A. 18. 19. — Anderes gilt sowohl bezüglich der Zeitbestimmung als der Resolutivbedingung nach österr. Recht. Unger §. 16. A. 22. §. 17. vgl. auch sächs. Gesetzb. §. 2123. 2506 fg., preuß. Ldrt. I. 12. §. 486 fg. Gruchot I. S. 396 fg., II. S. 126 fg. — Ueber die Regel „dies incertus conditionem in testamento facit“ s. Savigny III. S. 212 und Maassen Civ. Erörtgn. S. 24 fg.]

2 Darüber vgl. §. 65 fg., insbesondere §. 72. A. 2..5. mit Unger Erbr. §. 16. A. 1..21. [Hofmann Krit. Studien S. 134..168.]

3 Vgl. §. 69. Nach besonderer Bestimmung kann die Erfüllung der Bedingung, wenn der Eingesetzte Kinder haben werde, durch das solenne Gelübde der Keuschheit ersetzt werden L. 53. §. 13. 14 (2). Cod. de episcop. 1. 3. — Ist die Erbeinsetzung alternativ bedingt, so braucht nur die eine oder die andere Thatsache einzutreten, damit die Erbeinsetzung vollständig wirksam werde. §. 11. J. h. t. 2. 14. L. 5. D. h. t. 28. 7. L. 78. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. Eben so, wenn Jemand mehrmals unter verschiedenen Bedingungen, nicht auf verschiedene Erbtheile, eingesetzt ist. L. 27. §. 1. 2. L. 60 (59). §. 6. cf. L. 68 (67). D. de hered. instit. 28. 5. L. 17. D. de cond. instit. 28. 7. Dagegen wenn dieselbe Person einmal bedingt, einmal unbedingt eingesetzt ist, soll nach L. 27. cit. §. 1. die unbedingte Einsetzung, auch wenn sie die erste ist, entscheiden. Aber vgl. Arndts im Rtslex. III. S. 887 (civ. Schr. II. S. 654) fg. Windscheid §. 554. A. 15. Unger §. 16. A. 14. — Für den Fall, daß einem Haupterben unter alternativer Bedingung ein anderer beigefügt (adjicirt) wird, ist anderer Meinung Huschke in Linde's Zeitschr. XII. S. 398 fg. XV. S. 261 fg. Dagegen Arndts das. XIII. S. 297 fg. XIX. S. 370 fg. (civ. Schr. II. Nr. 38. A. B. S. 98..151.).

4 Vgl. Windscheid §. 554. A. 8. Anspruch auf die Cautionsleistung haben Substituten, Miterben, Intestaterben. Das letzte wird (mit Ausnahme eines durch Nov. 22. cap. 44. speciell entschiedenen Falles) von Manchen geläugnet und behauptet, die Einsetzung eines einzigen Erben unter negativer Potestativbedingung sei, wenigstens wenn auch kein Substitut ernannt worden, als unbedingte anzusehen; arg. L. 4. §. 1. D. h. t. 28. 7. Idem Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est: *si servum hereditarium non alienaverit*, caventem coheredi implere conditionem: ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione scriptum videri: quae sententia vera est. L. 7. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 20. pr. D. de cond. inst. 28. 7. Vangerow §. 435. (7. Aufl. II. S. 127 fg.). Dagegen Arndts Beitr. I. S. 183 fg. (civ. Schr. II. Nr. 39) und im Rtslex. III. S. 930 (civ. Schr. II. S. 90) fg. Vering in seiner comm. ad L. 4. §. 1. D. de cond. instit. Heidelbergae 1856. vertheidigt Vangerow's Meinung, so viel das R. R. angeht, übereinstimmend mit Böcking Inst. II. S. 189. [A. 27.], mit Rücksicht auf den Grundsatz des §. 470. A. 2.; aber nach deutschem Rechte soll die Beschränkung auf Miterben und Substituten weggefallen sein. Ich kann diesen Erklärungsversuch nicht befriedigend finden. Vgl. auch Sintenis III. §. 173. A. 29., überhaupt aber noch Unger Erbr. §. 16. A. 20. 25..27. Treffend bemerkt Windscheid a. a. O. zu L. 4. §. 1. L. 7. §. 1. L. 20. pr. cit. „der Entscheidungsgrund (ist) nicht der Mangel eines Cautionsberechtigten, sondern die Unmöglichkeit der Bedingung (genauer: die Unmöglichkeit der Handlung, welche nicht vorgenommen werden soll), im ersten Fall (L. 4. §. 1. cit.) die Unmöglichkeit vor, im zweiten Fall (L. 7. 20. cit.) die Unmöglichkeit nach An-

tritt der Erbschaft". Nicht richtig aber scheint es, wenn derselbe die Caution in L. 4. §. 1. cit. nicht auf Herausgabe der Erbschaft, sondern auf Nichtvornahme der betreffenden Handlung deuten will. [Vgl. übrigens jetzt Windscheid 4. Aufl. a. a. O.]

[5] Vgl. §. 74. und dazu Unger Erbr. §. 18.

[[6] Die letztwillige Auflage ist verwandt mit dem Vermächtnisse. Ueber die Abgrenzung beider Begriffe s. Pfaff u. Hofmann im Commentar II. bei §. 709 fg. Abs. II., in den Excursen II. S. 326..330.]

### e) Substitutionen[a].

## §. 496.

#### aa) Vulgarsubstitution[b].

Der Erblasser kann verschiedene Grade der Erbeinsetzung machen[c], d. h. mehrere Erbeinsetzungen in solcher Beziehung zu einander anordnen, daß wenn die eine nicht in Wirksamkeit tritt, die andere statthaben soll, und so namentlich mehrere Personen nach einander zu Erben ernennen, so daß für den Fall, wenn eine vorgehend berufene Person nicht Erbe werde, eine andere an deren Statt zur Erbschaft berufen sein soll. Eine Erbeinsetzung unter solcher Bedingung (si alius institutus heres non erit) ist Substitution, insbesondere Vulgarsubstitution (Nacherbeinsetzung)[1].

Vermöge derselben wird die Erbschaft erst dann deferirt[d], wenn entschieden ist, daß der vorgehende, weil er nicht will oder nicht kann[2], nicht Erbe werde[e], noch auch vermöge seiner Erbeinsetzung durch ihn oder anstatt seiner ein anderer[f] die Erbschaft erwerbe[3]. Doch kann er als bedingt Eingesetzter auch inzwischen schon bonorum possessio erlangen[g], wenn sie der vorgehende nicht rechtzeitig agnoscirt. Wer mehreren Miterben gemeinschaftlich substituirt ist, wird erst dann berufen, wenn keiner von jenen erbt[h]; ebenso wer einem Substituten substituirt ist, dann, wenn alle vorgehenden weggefallen sind[i]. Wer aber einem Substituten, der außerdem noch instituirt ist, substituirt ist[4], kann der Regel nach in beiden Beziehungen an dessen Stelle treten[k]. Auch Eingesetzte können einem andern Eingesetzten und alle einander gegenseitig[5] substituirt werden[l]; sie erben dann als Substituten im Zweifel nach demselben Verhältniß, wie als Instituten[m]; wenn ihnen aber noch ein anderer Nichteingesetzter beigefügt ist, so wird für diesen

[a] Dig. de vulgari et pupillari substitutione. 28. 6. Cod. de impuberum et de aliis substitutionibus. 6. 26. [b] Inst. de vulgari substitutione. 2. 15. [c] L. 36. pr. D. h. t. 28. 6. pr. J. h. t. 2. 15. cf. L. 48. §. 1. D. h. t. [d] L. 9. D. de suis. 38. 16. [e] L. 3. Cod. de hered. instit. 6. 24. [f] §. 4. J. h. t. L. 41 (40). D. de hered. instit. 28. 5. [g] §. 495. not. h. [h] cf. L. 42. D. h. t. 28. 6. [i] §. 1. J. h. t. L. 36. pr. §. 1. D. h. t. [k] §. 3. J. h. t. L. 27. 41. pr. D. h. t. [l] §. 1. J. h. t. L. 4. §. 2. L. 23. D. h. t. [m] §. 2. J. h. t. L. 24. 41. §. 1. 4. D. h. t. cf. L. 6. Cod. h. t.

vorerst ein Kopftheil der Substitutionsportion ausgeschieden[a]. Uebrigens gilt von der Substitution, was von der Erbeinsetzung überhaupt (§. 492..495.).

Anm. [1] Diese Benennung bezieht sich auf den Gegensatz in §. 497. 498. Vgl. namentlich §. 497. A. 5.; überhaupt Mühlenbruch a. a. O. Th. 40. S. 248 fg. Arndts Rtslex. X. S. 654..674. (civ. Schr. II. Nr. 40. S. 166..186.) Unger Erbr. §. 19.

[2] Man bezeichnet diese beiden Fälle durch die barbarischen Ausdrücke: casus noluntatis und casus impotentiae. Durch den Willen des Testators kann die Substitution auch wohl nur auf einen dieser Fälle, und selbst auf einen noch spezieller bestimmten Fall des Nichterbens beschränkt werden, aber auch ungeachtet einer solchen Beschränkung in der Willenserklärung dennoch der Wille auf beide Fälle gerichtet sein. Mühlenbruch S. 301 fg.

[3] §. 4. J. h. t. Illa enim verba: *si heres non erit*, in eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: *si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit;* in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur, illud significant: *si hereditatem sibi eive, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, non adquisierit*; vgl. §. 506. 512. Wenn der Testator den Eingesetzten irrthümlich für sui iuris gehalten hat, und dadurch nun seinem Gewalthaber die Erbschaft zukommt, so wird eine Theilung derselben zwischen diesem und dem Substituten angenommen. §. 4. J. cit. cf. Theophil. ad h. l. L. 41 (40). 42 (41). D. de hered. instit. Ueber die streitige Erklärung dieser Stellen: Huschke in Linde's Ztschr. XII. 11. XV. 11. 12.; dagegen Arndts das. XIII. 12. XIX. 11. (civ. Schr. II. Nr. 38).

[4] Sowohl auf diesen Fall als auf den in not. i. bezieht man die Regel: Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto: für den Fall in not. k. aber sagt man wohl auch genauer: Substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto.

[5] Man nennt dies substitutio *reciproca* oder *mutua* (cf. L. 64. D. de legat. II.), und wenn es in einem Satze durch einen allgemeinen Ausdruck geschieht („*eosque invicem substituo*"), substitutio *breviloqua* oder *compendiosa* (cf. L. 8. §. 2. (L. 8.) Cod. h. t. 6. 26.) Coniuncti sind dabei zunächst nur unter sich für gegenseitig substituirt anzusehen. L. 41. §. 4. D. h. t. §. 494. A. 3. [S. Mühlenbruch (Glück) Th. 40. S. 317..333.]

### bb) Pupillarsubstitution.

## §. 497.

Kraft der väterlichen Gewalt kann der Vater[1] seinem Kinde Erben ernennen[2], auf den Fall, daß es durch seinen Tod sui iuris wird[b], und noch in der Unmündigkeit stirbt[c], entweder in seinem oder auch in besonderem Testament[d], aber vorausgesetzt, daß er auch für sich ein

[a] L. 32. D. h. t.

[a] Inst. de pupillari substitutione. 2. 16. [b] L. 2. pr. L. 33. §. 1. L. 41. §. 2. D. h. t. 28. 6. [c] L. 7. 14. 21. eod. cf. §. 9. J. h. t. 2. 16. [d] L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4..7. L. 16. §. 1. L. 20. D. eod. §. 3. J. h. t. cf. L. 8. D. test. quemadm. aper. 29. 3.

Testament errichtet habe[3]. Eine solche Erbernennung heißt **Pupillarsubstitution**. Obwohl geltend als Theil oder Anhang des väterlichen Testaments[e], betrifft sie doch die Beerbung des Kindes[4]. Der Pupillarsubstitut ist als solcher nicht auf des Vaters, sondern auf des Kindes Erbschaft eingesetzt, erhält aber in dieser auch jene, wenn das Kind Erbe des Vaters ist[f].

Der Pupillarsubstitut kann zugleich Vulgarsubstitut des eingesetzten Kindes in Ansehung der väterlichen Erbschaft sein[g], und ist sogar im Zweifel die Pupillarsubstitution zugleich als Vulgarsubstitution zu verstehen[h] und umgekehrt[5]. Der Pupillarsubstitut kann auch zugleich (primo gradu) zum Erben des Vaters eingesetzt sein, und so können alle Testamentserben des Vaters auch zu des Kindes Erben eingesetzt sein, wornach sie im Zweifel dieses nach demselben Theilungsverhältniß beerben, wie jenen[i]. Der als Miterbe des Kindes eingesetzte Pupillarsubstitut wird aber durch Ablehnung der väterlichen Erbschaft auch von der Pupillarerbschaft ausgeschlossen[6], in die jene ganz oder zum Theil übergegangen ist[k]; dagegen wird ihm und seinen Erben die Pupillarerbschaft eintretenden Falles von selbst erworben[7], wenn er jene angenommen hat[l]. Bei der Pupillarsubstitution kann auch wieder eine Vulgarsubstitution vorkommen[m]; aber der Pupillarsubstitut eines Kindes, das selbst Pupillarsubstitut eines andern ist, gilt deshalb nicht auch als Pupillarsubstitut des letzten[n].

Anm. [1] Auch der väterliche Großvater dem Enkel; nicht die Mutter; cf. L. 33. pr. D. h. t.; auch der Vater nicht dem emancipirten Kinde; wovon jedoch eine Ausnahme bei Soldaten, L. 41. §. 4. D. de test. mil. 29. 1.; nicht über die Jahre der Mündigkeit hinaus; L. 14. D. h. t. (Ausnahme bei Soldaten: L. 15. D. h. t. [jetzt aber s. §. 487. A. 1.]), aber wohl mit Beschränkung auf kürzere Zeit, L. 21. eod.

[2] Ueber den Ursprung und das Wesen dieser Erbernennung: Keller Institut. S. 265 fg. Pand. §. 488. Wilkens diss. inaug. de pup. substitutione quaestiones. Berolini 1861. cap. I. II. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 453 fg. Vangerow §. 452. 7. Aufl. S. 176 fg. Windscheid §. 558. A. 7 fg. [Rivier §. 21.] Pietak zur L von der Pupillarsubst. im civ. Arch. LVIII. 12. S. 378..427. LIX. 1. S. 1. bis 35. — Im österr. bürg. Gstzb. [§. 609.] ist die Pupillarsubstitution u. ihr Analogon (s. unten §. 499.) ganz beseitigt (Unger §. 19. A. 2.). [Pfaff u. Hofmann Excurse II. S. 137 fg.]; ebenso im [franz. R. (Rivier l. c.), u. im] hess. Entw. III. 7. Abschn. Art. 155 fg., dagegen noch in gewissem Maße beibehalten im westgaliz. Gstzb. II. §. 399. 405. 406. wie im preuß. Landr. II. 2. §. 521 fg. und im sächs. Gstzb. §. 2203 fg.

[e] §. 5. J. h. t. [f] L. 10. §. 2. 3. 5. D. h. t. [g] L. 1. §. 1. eod. [h] L. 4. pr. §. 1. eod. cf. α) L. 4. §. 2. L. 45. pr. eod. L. 2. Cod. h. t. 6. 26. β) L. 4. Cod. eod. γ) L. 10 (9). Cod. de inst. et subst 6. 25. [i] L. 8. 10. pr. D. h. t. §. 7. J. h. t. L. 11. Cod. h. t. [k] L. 10. §. 3. D. h. t. cf. L. 12. eod. L. 40. 41. D. de acquir. hered. 29. 2. L. 28 (27). §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [l] L. 20. §. 1. 2. (L. 20.) Cod. de iure delib. 6. 30. L. 59. D. de acquir. hered. 29. 2. [m] L. 1. D. h. t. L. 25. eod. [n] L. 47. D. eod.

3 Auch bei gleichzeitiger Errichtung kann die Pupillarsubstitution in einer besonderen Urkunde (pupillares tabulae) angeordnet werden. Dies kann aber auch bezüglich einer bloßen Vulgarsubstitution geschehen. L. 33. pr. D. h. t. (A. 1.) Ceterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. L. 2. §. 4. eod. Ausnahme bei Soldaten: L. 2. §. 1. eod. cf. §. 470. [A. 2. S. aber jetzt §. 487. A. 1.]

4 L. 2. §. 4. eod. Constat enim unum esse testamentum, licet duae sint hereditates. §. 2. J. h. t. Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est, duarum hereditatum. — Eine eigene Ansicht stellt auf Baron a. a. O. S. 455 fg. Der Substitut des vom Vater eingesetzten Pupillen soll schon bei Lebzeiten des letzten mit diesem zusammen Erbe des Vaters sein (ein sog. „Gesammtrechtsverhältniß"), nicht erst durch die Beerbung des Kindes auch die Erbschaft des Vaters erhalten. Vgl. Windscheid §. 558. A. 7. — Beschränkung der Beerbung des Pupillen, dem der Arrogator pupillariter substituirt: L. 10. §. 6. D. h. t. L. 22. §. 1. D. de adopt. 1. 7. cf. 424. not. g.

5 Die Vereinigung beider Arten der Substitution heißt *duplex* substitutio. L. 1. §. 1. D. h. t. Heredis substitutio (aut) duplex est aut simplex. (Simplex est) veluti: *Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto.* (Duplex veluti: *Filius mihi heres esto*); *si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto.* Ueber den Text vgl. Savigny Gesch. des R. R. im M.A. III. S. 457. 2. Aufl. — Die vulgaris s. heißt auch s. *in primum casum*, die pupillaris *in secundum casum*. Die letzte hat den Namen Substitution überhaupt nur mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Fall erhalten, wo das Kind zuerst Erbe des Vaters wird, und so denn mittelbar auch der Substitut: cf. L. 1. §. 1. cit. L. 8. §. 1. D. de b. p. s. t. 37. 11. Cic. de invent. II. 42. *„si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tu mihi secundus heres esto"*. — Ueber die sog. s. vulgaris und pupillaris tacita (not. h.) vgl. Mühlenbruch Th. 40. S. 269 fg. Vangerow §. 451. [A. 1. §. 458. A. 1.] Mit Unrecht hat man die erste bestritten, die gerade den stärksten inneren Grund für sich hat und schon zu Cicero's Zeit in einem berühmt gewordenen Proceß [zwischen M'. Curius und M. Coponius] anerkannt war. Cic. l. c. de Orat. I. 39. II. 32. Brut. cap. 52. 53. [W. Munzinger Causa Curiana (Diss.) A. Schneider Die drei Scävola, 1879. S. 35 fg. — Diese, sowie auch die umgekehrte Vermuthung (Schluß von der Vulgar-S. auf die Pupillar-S.) ist anerkannt in einem Rescript von Marcus Aur. u. Verus (L. 4. pr. §. 1. D. h. t.)] — Ueber die Stärke der fraglichen Präsumtion vgl. Fuchs im civ. Arch. XXXVIII. 18. und Elvers im prakt. Arch. IV. 1. [S. 1 fg. 150 fg.], welche in Beziehung auf denselben Rechtsfall entgegengesetzte Entscheidungen vertheidigen, sodann darüber und insbesondere über die Ausnahmen von der Regel (not. h. $\alpha \ldots \gamma$) H. Pernice im Jahrb. d. gem. d. Rechts I. 7. Seuffert's Arch. X. 270.

6 So die bisher fast ausnahmslos herrschende Meinung, aber jetzt bestritten von Baron a. a. O. S. 507 fg., dessen Ansicht ausführlich vertheidigt wird von Schlayer im civ. Arch. LIII. 2., gegen diesen aber Wendt im civ. Arch. LV. 12. Vgl. unten §. 517. A. 5.

7 Streitig, ob auch dieses nur auf den Fall zu beschränken sei, wenn auch der Pupill Erbe des Vaters geworden ist? Vgl. Warnkönig in Linde's Ztsch. XVIII. 10. A. M. Mühlenbruch Th. 40. S. 432 fg. Vangerow §. 454.

## §. 498.

Die Pupillarsubstitution erlischt 1) wenn das Kind vor dem Vater stirbt oder sonst bei dessen Lebzeiten aus der väterlichen Gewalt tritt[a]; 2) wenn es durch den Tod des Testators in die Gewalt eines Andern kommt[b]; geschieht dies erst später, durch Arrogation, so kann der Pupillarsubstitut immer noch das Vermögen, welches der Pupill ohne die Arrogation hatte, in Anspruch nehmen[c]; 3) wenn das Kind mündig wird[d] oder die angegebene jüngere Altersstufe innerhalb der Unmündigkeit erreicht[e]; 4) wenn das Testament des Vaters seine Gültigkeit verliert[f].

Uebrigens finden auf die Pupillarsubstitution die allgemeinen Regeln von der Erbeinsetzung Anwendung.

## §. 499.

### cc) Quasipupillarsubstitution.

Durch besondere Erlaubniß des Regenten kann dem Vater gestattet werden, auch für sein mündiges Kind, das wegen eines natürlichen Hindernisses letztwillig zu verfügen unfähig ist, gleichwie dem Pupillen, Erben zu ernennen, was denn aber nur für den Fall gilt, daß dasselbe stirbt, ohne jene Fähigkeit erlangt oder ein Kind als Notherben erhalten zu haben[a]. Durch Rechtsregel aber ist den Ascendenten überhaupt, nicht blos dem Vater, gestattet, ihrem wahnsinnigen Descendenten, indem sie ihm wenigstens den Pflichttheil hinterlassen, Erben zu ernennen für den Fall, daß er im Wahnsinn stirbt, wobei aber zunächst die Kinder desselben, oder, wenn solche nicht vorhanden sind, andere Descendenten des Testators zu berücksichtigen sind[b]. Diese sogenannte Quasipupillarsubstitution erlischt, gleichwie die wahre Pupillarsubstitution durch Mündigkeit des Kindes, dadurch, daß der Descendent fähig wird, selbst ein Testament zu errichten.

Anm. Die L. 9. Cod. h. t. (not. b.) hat endlosen Meinungsstreit hervorgerufen. Vor allem ist streitig, ob Justinian ein wahres Analogon der Pupillarsubstitution einführen, und nicht vielmehr blos eine fideicommissarische Substitution bezüglich des dem wahnsinnigen Descendenten hinterlassenen Gutes gestatten wollte? Das letzte behaupten Unterholzner im civ. Arch. II. 5. Löhr das. V. 3. [S. 105 fg.] IX. 7. Puchta

[a] L. 41. §. 2. D. h. t. 28. 6. [b] L. 2. pr. eod. §. 497. not. b. [c] L. 17. §. 1 .. L. 20. D. de adopt. 1. 7. L. 40. D. h. t. [d] L. 14. D. h. t. §. 8. J. h. t. cf. §. 497. A. 1. [e] L. 21. 38. §. 1. L. 43. §. 1. D. eod. [f] L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. eod. cf. α) L. 34. §. 2. L. 36. eod. β) L. 8. §. 5. D. de inoff. test. 5. 2. γ) Nov. 115. cap. 3. §. 14. i. f. cap. 4. §. 9. δ) L. 41. §. 5. D. de test. mil. 29. 1. ε) L. 2. §. 1. in f. D. h. t.

[a] L. 43. pr. D. h. t. 28. 6. [b] L. 9. Cod. h. t. 6. 26. (Justinian. a. 528.) §. 1. J. de pup. subst. 2. 16. cf. L. 7. §. 1 b. (1.) 8. Cod. de cur. fur. 5. 70.

§. 479. [not. c.] Vangerow §. 456 u. a.; wogegen Thibaut im civ. Arch. V. [Heft 3. Nr. 1. recte:] 13. [S. 337 fg.] X. 10. Mühlenbruch Th. 40. S. 475 fg. Th. 41. S. 1 fg., Francke Recht der Notherben S. 463 fg. Düffer ad const. 9. Cod. de impub. et al. subst. Halis 1848. Hüffer de subst. quasi pupillari. Vratislav. 1853. u. a. das erste [wofür §. 1. J. de pupill. subst. 2. 16. spricht] vertheidigen, das auch Puchta §. 479. (not. d. fg.) als durch Usualinterpretation festgestellten Rechtssatz anerkennt. Vgl. Puchta Gewohnheitsrecht II. S. 68 fg. Rudorff zu Puchta's Vorles. II. §. 479. A. 4. Nach dieser Ansicht aber ist noch streitig: a) ob der Ascendent auch für sich selbst Erben ernennen müsse? b) welche Personen er substituiren müsse? und besonders c) was Rechtens sei, wenn mehrere Ascendenten mit einander concurriren?, worüber noch zu vgl. Haimberger im civ. Arch. XII. 18. Windscheid §. 560. — Ein unerquickliches Beispiel der Folgen sorgloser Gesetzesabfassung!

## §. 500.

### 5) Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente.

Mehrere können gemeinschaftlich in einem Act, insbesondere schriftlich in einer Urkunde, ein Testament errichten (sog. testamentum *simultaneum*), was besonders unter Ehegatten häufig vorkommt, indem sie einander gegenseitig zu Erben einsetzen oder auch sonst auf den Todesfall bedenken, zugleich aber auch etwa noch andere Verfügungen über ihr beiderseitiges Vermögen treffen. Es sind darin in der That mehrere Testamente enthalten, deren jedes über die besondere Erbschaft je des einzelnen Erblassers verfügt; man nennt sie mit Rücksicht auf ihren Inhalt wechselseitige Testamente (testamenta *reciproca* oder mutua) [1]. In sofern bei solchen Testamenten der Wille der Testatoren darauf gerichtet ist, daß das Testament jedes einzelnen nur in dem Falle bestehen bleiben solle, wenn auch das entsprechende Testament des andern aufrecht erhalten wird, nennt man die wechselseitigen Testamente correspective (testamenta *correspectiva*). [2]

Anm. [1] Die formelle Zulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente nach R. R. ist, sofern sie nicht als ganz formlose gültig sind (cf. L. 19. Cod. de pact. 2. 3.), sehr bestritten, nachdem eine Novelle Valentinian's (Nov. Valent. III. tit. XX. cap. 1. [ed. Haenel. col. 189 sq.]), welche wenigstens ein gemeinschaftliches testamentum principi oblatum für gültig erklärte, nicht ins Justinianische Recht aufgenommen worden ist. Sie sind aber in der Praxis gleichwohl jederzeit wenigstens als wechselseitige Testamente entschieden zugelassen. Vgl. Hasse im Rhein. Mus. III. S. 239 fg. Glück Th. 35. S. 50 fg. Mühlenbruch Th. 38. S. 214 fg. Heimbach im Rtslex. X. S. 889 fg. In dieser Beziehung wurde in früheren Ausgaben dieses Lehrbuchs bemerkt: daß die Testatoren einander wechselseitig zu Erben einsetzen, sei nicht schlechthin nothwendig; Ehegatten könnten z. B. auch nur die Kinder zu Erben einsetzen, einer dem andern aber den Nießbrauch seines Vermögens vermachen; und damit stimmt noch Tewes I. S. 195. überein. Gegen diese Doktrin ist jedoch Hartmann z. L. v. d. Erbvertr.

u. gemeinschaftl. Testamenten S. 92 fg., aufgetreten. Was derselbe S. 118 fg. speciell gegen dieses Lehrbuch anführt, ist zwar in sofern unzutreffend, als dasselbe nicht eine und zwar „eng bemessene Ausnahme" von der Regel wechselseitiger Erbeinsetzung zuließ, sondern ausdrücklich nur „z. B." einen auch nach Hartmann's Zugeständniß S. 114. in der Praxis besonders häufigen Fall anführte, um die Bemerkung zu begründen, daß nach dieser nicht wechselseitige Erbeinsetzung, wenn auch gegenseitiges Bedenken, erfordert werde. Allein Hartmann scheint mir allerdings bewiesen zu haben, daß gemeinschaftliche Testamente auch schon nach römischem Recht und ohne jene Beschränkung rücksichtlich des Inhalts als zulässig anzuerkennen seien. Vgl. auch Schmidt Recht der Notherben S. 189. A. 86. Windscheid §. 568. A. 1. 2. Unger Erbr. §. 21. A. 2. Das österreich. b. G.B. §. 583. 1248. gestattet nur den Ehegatten, „in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig oder auch andere Personen als Erben einzusetzen". Unger §. 21. Allgemein gestattet gemeinschaftliche Testamente das sächs. Gesetzb. §. 2196 fg.

[2] Die Ansicht der gemeinrechtlichen Doktrin ging bisher vorherrschend dahin, daß wechselseitige Testamente, insbesondere der Ehegatten, im Zweifel für correspective zu halten seien. Vgl. Glück Th. 35. S. 62 fg. Heimbach im Rtslex. X. S. 891 fg. Bolley Beitr. z. L. v. d. correspectiven Testamenten der Eheleute. 1846. Fr. Zimmermann im prakt. Arch. I. 19. [Heft 3. S. 12 fg.] Sintenis III. §. 178. A. 4. Windscheid A. 4. [Gegen diese herrschende Ansicht haben sich, aber in ganz entgegengesetztem Sinne ausgesprochen.] Brinz Pand. S. 763 fg. und Hartmann S. 134 fg. [Die herrschende Ansicht sagt: Gemeinschaftliche T. sind im Zweifel correspectiv, Brinz sagt: sie sind es immer, sie müssen es sein, Hartmann: sie sind es niemals, sie dürfen es gar nicht sein; s. §. 501. A. 4.] Seuffert's Arch. IV. 63. XII. 172. XIX. 164. Vgl. noch Göz zur L. v. d. correspectiven Testamenten im civ. Arch. LIV. 8. Purgold über die aus dem Zeitpunkt der Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente fließenden Folgen, im prakt. Arch. n. F. VIII. Abh. 4. [S. 68 fg.] Heinzerling zur L. v. d. gemeinschaftlichen Testamenten, ebendas. X. Abh. 11. 11. [recte: 7. 9.] S. 253 fg. 337 fg. [§. 501. A. 4.]

## 6) Aufhebung des Testaments[a].

### a) Durch den Willen des Testators.

## §. 501.

Ein Testament sowie jede einzelne darin enthaltene Verfügung kann durch den Willen des Testators jederzeit wieder aufgehoben werden[1]. Die Möglichkeit solchen Widerrufs kann dem Testator weder durch eigene einseitige Verfügung noch durch Vertrag entzogen oder beschränkt werden[2]. Auch ein wechselseitiges Testament kann jeder Testator einseitig wieder aufheben, sowohl nach als vor dem Tode des andern Testators, selbst dann noch, wenn er die Erbschaft des letzten nach dessen Testa-

[a] Inst. quibus modis testamenta infirmantur. 2. 17.

ment bereits angenommen hat[3]. Aber sofern das Testament ein correspectives war, wird freilich durch die Widerrufung des einen auch das andere aufgehoben, und müssen denn auch die Wirkungen des gemäß diesem schon eingetretenen Erbschaftserwerbes wieder rückgängig gemacht werden[4]. Nach heutigem Recht kann indessen der Inhalt eines Testaments ganz oder zum Theil durch Erbvertrag unwiderruflich gemacht und somit die Entkräftung desselben durch einseitige Willkür des Testators, soweit der Vertrag entgegensteht, ausgeschlossen werden[5].

Anm. 1 L. 4. D. de adimendis legat. 34. 4. Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. Cf. L. 32. §. 3. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. — L. 6. Cod. qui test. fac. 6. 22. Si quis imperatorem forte heredem instituerit, habeat mutandi iudicii facultatem et quemcunque voluerit secundum leges in testamento suo heredem scribendi.

2 L. 22. pr. D. de legat. III. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Also unwirksam die sog. *clausula derogatoria*; nicht minder eine Beschränkung rücksichtlich der Form abändernder Verfügungen. L. 6. §. 2. D. de iure cod. 29. 7. Cf. L. 52. §. 9. D. pro soc. 17. 2. Nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit. [Anders österreich. Gszb. §. 716.]

3 So auch das österreich. b. Gszb. §. 1248. in Ansehung der gemeinschaftl. Testamente der Ehegatten. Unger §. 24. A. 7. 9.

4 Manche behaupten, daß das wechselseitige Testament durch Antretung der Erbschaft des erstverstorbenen Testators für den Ueberlebenden unwiderruflich werde, sofern es noch Verfügungen zu Gunsten dritter Personen enthält: Mühlenbruch a. a. O. Th. 38. S. 237 fg. Heimbach X. S. 902 fg. Seuffert's Arch. IX. 180. X. 184. vgl. XV. 140. XIX. 164.; dagegen Hasse im Rh. Mus. III. S. 491 fg. 541 fg. Deiters de dispositionibus hereditariis simultaneis pactitiisque quaestiones tres. Bonnae 1837. Zimmermann a. a. O. Sintenis §. 178. A. 6. vgl. Unger a. a. O. Ganz abweichender Ansicht ist Hartmann a. a. O. S. 128 fg. 142 fg. Er behauptet, daß wechselseitige Testamente, sofern sie überhaupt noch einseitig widerrufliche sein sollen, gar nicht correspective in dem Sinne sein können, daß der Bestand des einen Testaments von dem Nichtwiderrufen des andern abhängig gemacht werde, weil darin eine nach gemeinem Recht ungültige captatorische Verfügung enthalten wäre (§. 491. A. 4.). Dagegen [mit Recht] Windscheid §. 568. A. 5 fg. vgl. oben §. 500. A. 2.

5 Vgl. §. 470. A. 3. Seuffert's Arch. XVI. 182. Der Erbvertrag (Erbeinsetzungsvertrag) ist eine durch Vertrag unwiderruflich gemachte Erbeinsetzung, „ein vertragsmäßig unwiderrufliches Testament", wie Unger §. 26. a. Anf. sich ausdrückt. Das ist die von Hartmann, in seiner §. 500. A. 1. cit. Schrift entwickelte Auffassung, der mit Arndts in Haimerl's Vjschr. VII. 10. (civ. Schr. II. 41.) auch Unger a. a. O. entschieden beipflichtet. Dies ist nicht römisch, aber auch nicht, wie Köppen I. S. 288. [A. 50.] sagt, unjuristisch, so wenig wie es unjuristisch ist, wenn man in einem Vertrag (L. 19. Cod. de pact. 2. 3.) zwei widerrufliche Testamente erkennt. [Gegen Hartmann s. Hofmann in der Wiener Zeitschr. III. S. 666 fg., Windscheid §. 529. A. 3., woselbst weitere Nachweisungen.]

## §. 502.

Der Widerruf des Testaments kann erklärt werden 1) durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde (Zerreißen, Zerschneiden u. dgl.) oder Ausmerzung der Erbeinsetzungen[1], der Widerruf einzelner Verfügungen ebenso durch deren Austilgung[a]; 2) durch Erklärung dieses Willens zu gerichtlichem Protokoll oder vor drei Zeugen[b], welche jedoch das Testament nur aufhebt, wenn hinzukommt, daß seit dessen Errichtung zehn Jahre verflossen sind[2]; 3) durch Errichtung eines gültigen neuen Testaments[c], wodurch von selbst das frühere aufgehoben wird[3], wenn auch das neue später seine Gültigkeit verliert.

Anm. [1] Unabsichtliche Tilgung hebt die rechtliche Existenz der Verfügung nicht auf; quoniam, si totum testamentum non exstet, constat, valere omnia, quae in eo scripta sunt (L. 1. §. 3. D. h. t. 28. 4.). Jedoch §. 2. ibid.: Sed si legi non possunt, quae inconsulto deleta sunt, dicendum est non deberi; sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est. Mühlenbruch Th. 89. S. 79 fg. Ueber formlosen Widerruf des Testaments vgl. Paul Krüger krit. Versuche. (1870.) S. 1..40. [Gegen ihn Leist in d. Forts. von Glück, IV. S. 140 fg.; gegen diesen wieder Krüger in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XIV. Rom. Abth. S. 58 fg. Ein kurzes Referat über diese Arbeiten ist wegen ihres casuistischen Inhaltes nicht möglich; s. das Resumé auf S. 52 fg., dann das auf S. 62 fg., S. 64 fg. Uebrigens gehören diese Fragen, sowie die in Hofmann's krit. Studien S. 170..173. besprochenen, der Rechtsgeschichte an.]

[2] Nicht erforderlich ist der Ablauf der 10 Jahre zur Zeit des Widerrufs, nicht genügend der solenne Widerruf allein. [Die historische Erklärung hiefür s. bei Mühlenbruch Th. 88. S. 251 fg., 267 fg.] Jedoch: L. 15. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1. Sicut autem hereditatem *miles* nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. [S. aber jetzt §. 487. A. 1.]

[3] Posteriore testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur (§. 2. J. h. t.). Regel ist nämlich, daß zwei Testamente nicht nebeneinander bestehen können. Jedoch: a) Ausnahme für Soldaten. L. 19. D. de testam. mil. 29. 1. [s. jedoch §. 487. A. 1.] b) Bonorum possessio aus zwei gleichzeitigen Testamenten. L. 1. §. 6. D. de b. p. s. t. 37. 11. Ob auch aus verschiedenen Testamenten von ungewissem Alter? Mühlenbruch Th. 38. S. 486 fg. c) Bon. poss. aus dem frühern Testament, wenn der Testator das spätere, in der deutlich erklärten Absicht [s. Krüger in dem späteren Aufs. S. 57. 60 fg. 63.], jenes wieder gelten zu lassen, zerstört hat. L. 11. §. 2. D. l. c. (Streitig, ob diese b. p. cum re sei? Vangerow §. 458. 460. [S. 206.] d) Das frühere Testament wird, nebst den Vermächtnissen des spätern, aufrecht erhalten, wenn der Testator nur wegen irriger Voraussetzung des Todes des darin eingesetzten Erben ein neues gemacht hat. L. 93 (92). D. de hered. instit.

[a] Dig. de his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur. 28. 4. L. 2. §. 7. L. 8. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 1. §. 8. D. si tab. test. 38. 6. cf. L. 20. D. de iniusto test. 28. 3. L. 30. Cod. de testam. 6. 23. [b] L. 27. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 6. Theod. Cod. de testam. 4. 4. [c] §. 2. 3. 7. J. h. t. 2. 17. cf. L. 11. 16. D. de iniusto test. 28. 3. L. 7. D. de lib. et post. 28. 2.

28. 5. e) Das erste Testament gilt als Codicill, wenn der Testator im zweiten erklärt hat, daß es bestehen bleiben solle, welche Willensmeinung auch stillschweigend dadurch erklärt sein kann, daß die Erbeinsetzung im spätern Testament auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt (institutio ex re certa) ist. §. 493. not. g. A. 4. Vgl. Unger Erbr. §. 24. A. 13. 16. — Uebrigens soll auch ein unvollendetes Testament, worin die in dem frühern übergangenen Intestaterben eingesetzt sind, das letzte aufheben und als Intestatcodicill gelten. L. 21. §. 5. Cod. de testam. 6. 23. L. 2. D. de iniusto testam. 28. 3. Vangerow §. 460. [S. 204 fg.] Fein in d. Forts. v. Glück Th. 45. S. 287 fg. Abweichende Ansichten darüber s. bei Mühlenbruch Th. 38. S. 364 fg. vgl. Heimbach im Rtslex. X. S. 952 fg.

## §. 503.

### b) Aus andern Gründen.

Ein gültig errichtetes Testament kann außerdem seine Wirksamkeit verlieren 1) durch Verlust der Testamentifactio auf Seiten des Testators, also namentlich durch capitis deminutio desselben, testamentum irritum[a], nicht durch jede eintretende Unfähigkeit zur Errichtung eines Testaments[b] [1]; jedoch wird den eingesetzten Erben auch in jenem Falle secundum tabulas bonorum possessio gewährt[2], wenn nur der Testator zur Zeit seines Todes die Testamentifactio wieder erlangt[c] und im Falle der Arrogation seinen Willen fortdauernder Gültigkeit des Testaments nach wiedererlangter Selbständigkeit an den Tag gelegt hatte[d]; 2) durch Vereitelung der Erbeinsetzungen, d. i. durch Wegfall aller eingesetzten Erben; sei es, daß die Bedingungen der Erbeinsetzung nicht in Erfüllung gehen, oder daß die Eingesetzten vor dem Erblasser sterben, oder aus anderem Grunde nicht Erbe werden können oder nicht erben wollen, testamentum irritum s. *destitutum* s. *desertum*[e]; 3) in Folge der Verletzung des Rechtes solcher Personen, welche der Erblasser in seinem letzten Willen berücksichtigen soll, worüber das Nähere unten im dritten Capitel [bes. §. 599][3].

Anm. [[1] M. a. W. durch Verlust der zum Testiren erforderlichen Rechts-, nicht aber der Handlungsfähigkeit; auch nicht durch Prodigalitäts-Erklärung: §. 2. J. quib. non est perm. 2. 12. L. 18. pr. D. qui test. fac. 28. 1.]

[2] Streitig, ob diese b. p. auch gegenüber den civilrechtlichen Intestaterben cum re sei? wogegen L. 12. pr. in f. D. h. t. 28. 3. vgl. mit Gai. II. §. 147..149. Bedenken erregt hat. Vgl. Windscheid §. 563. A. 7. u. d. dort angeführte Literatur.

[3] Ein Testament kann nichtig (nullum testamentum) oder auch blos anfechtbar (rescissibel) sein, von Anfang an oder in Folge später eingetretener Umstände.

[a] §. 4. J. h. t. 2. 17. L. 6. §. 5..13. D. de iniusto rupto irrito facto testamento. 28. 3. cf. L. 4. §. 5. Cod. de haeret. 1. 5. cap. 2. §. 1. de usur. in 6to. 5. 5. [b] L. 18. pr. L. 20. §. 4. D. qui test. fac. 28. 1. L. 1. §. 9. D. de b. p. s. t. 37. 11. [c] §. 6. J. h. t. L. 1. §. 8. D. l. c. [d] L. 11. §. 2. D. eod. [e] §. 7. 8. J. de hered. quae ab int. 3. 1. §. 2. J. h. t. 2. 17. L. 1. in f. D. h. t. 28. 3.

Rescissibel ist oder wird es, wenn für gewisse Personen die Möglichkeit besteht, dessen Unwirksamkeit, unmittelbar durch ihren Willen oder mittels richterlichen Erkenntnisses, herbeizuführen, wodurch es dann entweder nach Civilrecht nichtig (ipso iure nullum) oder blos nach prätorischem Recht kraftlos werden kann. Von Anfang nichtig ist es wegen Mangels eines wesentlichen Erfordernisses seiner Errichtung, testamentum non iure factum oder iniustum; nichtig wird es in den Fällen des §. unter 1. und 2., und zum Theil unter 3. Beiderlei Art von Ungültigkeit des Testaments erstreckt sich regelmäßig auf dessen ganzen Inhalt, ausnahmsweise beschränkt sie sich nur auf die Erbeinsetzungen. Vangerow §. 457 .. 460. vgl. Unger Erbr. §. 23. 25. — Ueber Anerkennung der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments: Windscheid §. 566. Dedekind die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen, 1872. (vrbr. Hölder in d. kr. Vjschr. XVI. S. 555 fg.), K. Schmidt im civ. Arch. LVI. 9. „Anerkennung letztwilliger Verordnungen". [Kohler Ges. Abh. I. S. 109 fg.]

## §. 504.

### 7) Eröffnung und Vollziehung der Testamente.

Das römische Recht schreibt für die schriftlichen von den Zeugen vorschriftsmäßig versiegelten Testamente eine solenne Eröffnung und Vorlesung (recitatio) vor[a] [1]. Heutzutage findet gemeinrechtlich eine gerichtliche Eröffnung nur dann statt, wenn entweder der Testator dieselbe ausdrücklich angeordnet oder das Testament bei Gericht hinterlegt hat oder die Betheiligten darauf antragen.

Mit der Vollziehung der testamentarischen Bestimmungen pflegen bestimmte Personen beauftragt zu werden, die man Testamentsexecutoren nennt (generales oder speciales). Sie können entweder durch das Testament selbst ernannt sein (executores testamentarii), oder durch Vertrag der Betheiligten bestellt werden (conventionales), oder durch den Richter (dativi), oder durch das Gesetz (legales) berufen sein, wie namentlich die Ausführung letztwilliger Verfügungen zu frommem Zweck der höhern Geistlichkeit überwiesen ist[b]. Die Stellung der Testaments-Executoren ist in der Regel nach Analogie des Mandats zu beurtheilen (§. 291 .. 296.); die Befugnisse der gesetzlichen bestimmen sich durch das Gesetz, das sie beruft, und die Natur des Verhältnisses, in Rücksicht auf welches dieses geschieht[2].

Anm. [1] [Rivier §. 40. Mühlenbruch in Glück's Comm. Th. 43. S. 370 fg.]
[2] Vgl. [Zöpfl Deutsche Rechtsgesch. §. 121. bes. N. 56. 61.] Roßhirt in der Ztschr. für Civil- und Crim.-Rt. I. S. 217 fg. Beseler in der Ztschr. für deutsches Recht IX. 3. [bes. S. 194 fg.: „Selbständige Stellung der Test. Executoren" den Erben gegenüber — soweit also nicht den Regeln vom Mandat unter-

[a] Dig. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur. 29. 3. Cod. 6. 32. Pauli sentt. IV. 6. cf. Dig. de Sc. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur. 29. 5. Pauli sentt. III. 5. [b] L. 28. 45 (46). 48 (49). Cod. de episcop. 1. 3. Nov. 131. cap. 10 .. 12.

worfen. A. Sturm D. L. v. d. Testamentsvollziehern nach gem. und preuß. R., in den dogm. Jahrb. XX. S. 91..148. M. Rosenthal die rechtl. Natur d. Testamentsexecution . . . Breslau 1883. Diss.] Mühlenbruch a. a. O. Th. 43. S. 390 bis 448. Heimbach a. a. O. S. 1011 fg. Windscheid §. 567. [woselbst in A. 3. weitere Literatur-Angaben.] Seuffert's Arch. III. 73. VI. 226. 227. IX. 188. X. 271. XII. 48. 66. XIII. 269. XIV. 102. XV. 34. 142. XVI. 62. XVIII. 89. XX. 50. 145. [Im Texte heißt es „nach Analogie des Mandats". Ein wirkliches Mandatsverhältniß besteht hier nicht, s. Windscheid §. 567. A. 7. u. Sturm (§. 7.). Passender, als der obige, dürfte vielleicht der früher beliebte Vergleich mit einem Vormund oder (wie Neuere lieber wollen) Güterpfleger sein. Sturm (S. 110) spricht von einer (nicht vertragsmäßigen, sondern) durch letzten Willen gegründeten Vollmacht zur Vornahme von Rechtsgeschäften, die zur Ausführung des letzten Willens nöthig sind. Der Ausgangspunkt für seine Darstellung ist der Satz Windscheid's: „Auf der einen Seite hat der Vollstrecker über das vom Erblasser hinterlassene Vermögen eine gewisse Macht, welche von den Erben anerkannt werden muß; auf der andern Seite steht er zu den Erben in einem Verpflichtungsverhältniß". Dies erkläre sich daraus, daß er einmal als Vertreter des Nachlasses, dann aber auch als Verwalter eines fremden Vermögens in Betracht komme.] — Ueber partikularrechtliche Verhandlung von Erbschaften vgl. Unger Erbr. §. 27. und dessen besondere Schrift: die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. 1862. Randa der Erwerb der Erbschaft nach österr. Recht. 1867. S. 10 fg. Chorinsky d. Notariat u. d. Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich. Wien 1877. vrbr. Luschin u. Steinbach in d. Wiener Ztschr. IV. S. 782 fg. [Cellarius das Verfahren in Verlassenschaftssachen in den rechtsrhein. Provinzen des G.H. Hessen... im Arch. f. prakt. R.W. III. Folge. I. Bd. S. 81 fg.]

## §. 505.

### 8) Zeitpunkt der testamentarischen Delation der Erbschaft.

Regelmäßig wird durch Testament die Erbschaft im Zeitpunkt des Todes des Erblassers deferirt; bei bedingter Erbeinsetzung ist die Zeit der Erfüllung der Bedingung, wenn sie nicht schon vor dem Tode des Erblassers stattfand, entscheidend. Diesen Zeitpunkt muß der Eingesetzte erleben[a], und in demselben die testamentarische Erbfähigkeit haben. Der Mangel derselben zur Zeit des Todes steht dem bedingt Eingesetzten nicht entgegen[1], wenn er dieselbe zur Zeit der später erfolgenden Erfüllung der Bedingung wiederum hat[b]. Aber die Delation wird auch durch nachher vor dem Erwerb der Erbschaft erfolgenden Tod oder Erbunfähigkeit des Berufenen regelmäßig wieder aufgehoben[c].

[Anm. Existiren muß er aber auch schon zur Zeit des Todes, s. §. 471. — Ueber Delation im Falle einer Todtgeburt s. Krieg (unten §. 518. Anm. 1.)]

[a] L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. §. 71. A. 3. cf. L. 45. §. 1. D. de subst. 28. 6. L. 52. §. 1. D. de a. v. o. her. 29. 2. L. 9. in f. D. de suis. 38. 16. [b] L. 50 (49). §. 1. L. 60 (59). §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. §. 4. J. de hered. qual. 2. 19. [c] L. un. §. 5. Cod. l. c. cf. not. b.

## III. Von dem Erwerbe der Erbschaft[a].

### A. Art und Weise desselben.

#### 1) Durch Antretung.

#### §. 506.

##### a) Fähigkeit zur Erwerbhandlung.

Die Erwerbung der Erbschaft ist der Regel nach in den Willen des Berufenen gelegt[1]; die Erben sind *voluntarii* heredes. Die Erklärung des Willens, Erbe zu sein, heißt Antretung der Erbschaft, hereditatis *aditio*. Erforderlich ist dazu die Fähigkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Daher[2] kann ein Wahnsinniger[b] oder ein Kind[c] die Erbschaft nicht antreten; andere Unmündige oder Minderjährige nur unter Zustimmung des Vormundes[d], ohne welche auch die Erbantretung des Verschwenders[e] nicht bindend ist[3]. — Ist der Berufene in **väterlicher Gewalt**, so vertritt die Stelle der sonst etwa erforderlichen Zustimmung eines Vormundes die des Vaters[4], welcher durch diese, falls die Erbschaft zu den Adventitien gehört, das väterliche Recht an derselben erlangt, wenn aber das Kind sie ablehnt, die Erbschaft (und zwar dann auch, wenn sie unter den Begriff der bona castrensia vel quasi fällt) für sich ganz erwirbt[f].

Anm. 1 Diese durch die Delation gegebene Möglichkeit, Erbe zu werden, nennt Köppen Erbr. I. S. 250 fg. das Erbrecht (hereditas im subj. Sinn, §. 464. A. 2.) und entwickelt daher die Lehre von dem Erwerbe und der Ablehnung der Erbschaft S. 331 fg. unter der Rubrik „Ausübung des Erbrechts“, als einer bloßen facultas acquirendi, der „alternativen Befugniß, nach seiner Wahl die Erbschaft zu erwerben oder auszuschlagen“; (also „Erbrecht“ auch „das Recht, nicht zu erben“); [vgl. österr. Gsgb. §. 809]. Dieselbe Ansicht hat der Verf. schon früher ausgeführt in d. dogmat. Jahrb. V. S. 125 fg.; dagegen Northoff das. VI. 4., gegen diesen Köppen das. VI. 7., und dagegen wieder Northoff in Linde's Ztschr. n. F. XXI. S. 85 fg. Vgl. übrigens Unger Erbr. §. 36.

2 Vgl. Köppen I. S. 404 fg.

3 Köppen S. 410. A. M. Windscheid §. 596. A. 4. mit Sintenis §. 168. A. 11. Aber wenn der Verschwender leichtsinnig eine überschuldete Erbschaft angetreten

[a] Inst. de heredum qualitate et differentia. 2. 19. Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de iure deliberandi et de adeunda vel adquirenda hereditate. 6. 30. [b] L. 63. D. h. t. 29. 2. cf. §. 508. A. 3. §. 538. [c] L. 9. D. eod. cf. L. 5. Cod. eod. 6. 30. [d] L. 8. pr. L. 9. 49. D. eod. L. 9. §. 3. D. de auct. tut. 26. 8. L. 18. §. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 12. Cod. eod. L. 26. §. 1. (L. 26.) Cod. de adm. 5. 37. §. 452. [e] L. 5. §. 1. D. h. t. cf. §. 452. not. e. L. 8. pr. D. h. t. [f] L. 8. pr. §. 1..3. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. L. 18. pr. §. 1. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. §. 432. not. k. L. 6. pr. §. 1..3. L. 13. §. 3. L. 14. 25. §. 4..15. D. h. t. 29. 2.

hat, muß der Curator deren Verwaltung übernehmen? wird dadurch das der Curatel übergebene Vermögen des Verschwenders afficirt?

[4] Vgl. Köppen S. 392 fg. — Zu den Anm. 2..4. vgl. noch Leist in d. Forts. von Glück Th. 3. S. 1..79.

## §. 507.

### b) Willensbestimmung.*

Zur Erbantretung gehört der ernstliche und bestimmte Wille, die Erbschaft der Berufung gemäß, unbedingt und ohne Vorbehalt[a], zu erwerben. Dazu wird die Gewißheit vorausgesetzt, daß[b] die Erbschaft deferirt sei[1], und wie[c], ob durch Testament oder Gesetz. Doch kann nach Eintritt des Erbfalls schon im voraus[d] Jemand für den Fall, daß durch Wegfall anderer vor ihm Berufener ihm die Erbschaft deferirt werde, die Annahme derselben durch Agnition der bonorum possessio wirksam erklären[2]. — Gewißheit über die Größe des Erbtheils ist nicht erforderlich[e], jedoch[3] ungültig die irrige Antretung auf einen bestimmten unrichtigen Erbtheil[f]. Ungültig ist auch die Antretung desjenigen, der sich für einen necessarius heres hält[g]. Ungewißheit über die eigene Fähigkeit zum Erbantritt, ob er sui iuris, ob mündig sei, hindert den Berufenen nicht, wenn die Fähigkeit wirklich vorhanden ist[h]. — Auch ein Irrthum in den Beweggründen, z. B. über den Bestand der Erbschaft[i], selbst ein durch Betrug veranlaßter[k], macht die Erbantretung nicht unwirksam; so wie auch die erzwungene an sich gültig, [obwohl gegen [letztere] Restitution möglich ist[l]; [während dort nur ein Entschädigungs-Anspruch gegen den Betrüger entsteht].

Anm. [* Vgl. Windscheid §. 597.; Müller Instit. S. 833. N. 23..25.]

[1] Northoff in den dogmat. Jahrb. a. a. O. [S. 190 fg.] nimmt die Kenntniß, subjective Gewißheit des Erbanfalls [Delation in diesem S.] in den Begriff „Delation" auf; „die Delation ist die Wissenschaft des Erben von seinem Erbrechte", so sagt er S. 246., sie „besteht in dem Wissen des Erben von dem Anfalle", S. 201., und dies soll „ein Grundpfeiler" für dessen Darstellung sein: ein schwächlicher Grundpfeiler, der nur in einer grundlosen Terminologie besteht. Aber richtig ist, daß jenes Wissen vorausgesetzt wird, um die Erbschaft wirksam antreten oder ablehnen zu können. [Mit Hinweis hierauf und auf L. 151. D. de V. S. und L. 21. §. 2. D. de acquir. v.

[a] L. 51. §. 2. D. h. t. L. 77. D. de R. J. [b] §. 7. J. h. t. 2. 19. L. 19. 23. 32. 34. D. h. t. L. 30. §. 1..8. L. 84. eod. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. [c] L. 17. 22. 46. 51. pr. D. h. t. cf. L. 77. eod. [d] L. 9. Cod. qui admitti ad b. p. 6. 9. [e] L. 21. §. 3. D. h. t. L. 5. §. 1. D. si pars hered. pet. 5. 4. [f] L. 75. D. h. t. L. 93. pr. eod. [g] L. 16. D. h. t. [h] L. 6. §. 4. L. 34. pr. L. 96. eod. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 74. §. 2. 3. D. h. t. 29. 2. [i] L. 8. pr. eod. §. 5. 6. J. h. t. [k] L. 40. D. de dolo. 4. 3. [l] L. 21. §. 5. 6. D. quod met. 4. 2. L. 85. D. h. t. 29. 2. cf. L. 6. §. 7. eod. §. 61. N. 2.

om. her. 29. 2. wird jene Unterscheidung von „objectiver Delation, Erbanfall, Berufenwerden“ und „subjectiver Delation, Sichberufenwissen, Delation im techn. S.“ wieder vertheidigt von Göring in den dogm. Jahrb. XV. S. 153 fg.; dagegen Windscheid §. 597. N. 5.] Daher hindert das Nichtwissen oder der Zweifel, ob man bedingt oder unbedingt eingesetzt sei, L. 32. §. 1. D. h. t.; nicht auch die irrige Voraussetzung einer Bedingung, die man zugleich für erfüllt hält; L. 34. §. 1. eod., und ebensowenig die Unkenntniß einer wirklich gesetzten aber bereits erfüllten Bedingung, wohl aber wiederum die Unkenntniß der Erfüllung einer wissentlich gesetzten Bedingung. L. 21. D. de cond. et dem. 35. 1. Widersprechend scheint freilich L. 21. §. 3. D. h. t. 29. 2. Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus (Hal. *institutus*) est. Quid tamen si ignorat, conditionem extitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit. Daher emendirt Cuiacius [ad Afric. tract. I. ad L. 46. h. t. opp. ed. Neap. 1722. tom. I. col. 1256. 1257.]: „*si conditionem, sub qua heres institutus est, ignorat ... puto non posse adire*“ *etc.* „Aber die Stelle entscheidet nicht verschiedene Fälle, sondern führt nur in ihrem Verlauf den an den Eingang gestellten Satz weiter aus“. Puchta §. 497. not. a. Mühlenbruch Th. 42. S. 422 fg. Vangerow §. 498. A. 1. Northoff a. a. O. S. 210 fg. Köppen Erbr. I. S. 363. [A. 27.]

[2] Bedenklich ist es, mit Sintenis §. 183. A. 18. in diesem Falle auf jede unförmliche Erklärung auszudehnen, was L. 9. cit. (not. d.) bezüglich der gerichtlichen Agnition der b. p. bestimmt. Doch stimmen ihm neuerdings Köppen I. S. 339. A. 26. und Temes II. S. 29 fg. bei, auch Windscheid §. 597. A. 2. Vgl. übrigens oben §. 495. not. h. i. Unger §. 36. A. 9. — Bonorum possessio wird auch in solchen Fällen gewährt, wo es gewiß ist, daß eine Person erbberechtigt sei, aber noch unentschieden, ob ex testamento oder ab intestato. L. 84. D. h. t. 29. 2. L. 4. §. 3. D. de b. p. c. t. 37. 4. Köppen in den dogm. Jahrb. V. S. 161 fg. Erbr. I. S. 379 fg.

[3] L. 75. D. h. t. Ex semisse Titius heres scriptus est; quadrantis bonorum possessionem per errorem peti(i)t; quaero, an nihil actum sit, an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit? Respondit, magis nihil actum esse, quemadmodum, cum ex semisse scriptus heres ex quadrante per errorem adiit hereditatem. Northoff a. a. O. S. 206. 245 fg. behauptet, daß es dabei auf den Irrthum nicht ankomme. Aber vgl. unten §. 517. A. 1. Köppen in d. dogm. Jahrb. V. S. 143 fg. VI. 310 fg. Erbr. S. 355. A. 9. S. 341 fg. — Mit Unrecht folgert Böcking Pand. III. §. 89. [not. 4.] und mit ihm Vering S. 487 fg. A. 5. aus L. 75. cit., daß der Eingesetzte den ihm im Testament angewiesenen Bruchtheil kennen müsse, also die Regel „quantitatis ignorantia non nocet aditioni“, unrichtig sei. Dagegen spricht L. 21. §. 3. cit. (A. 1.), worin das „partem, ex qua institutus est“, offenbar nichts anderes als den vom Testator angegebenen Bruchtheil bezeichnet.

## §. 508.

### c) Willenserklärung.

Der Wille, Erbe zu sein, kann entweder ausdrücklich, mündlich oder schriftlich erklärt werden[a], hereditatis *aditio* im engern Sinn[b], oder stillschweigend durch Handlungen, die den Umständen nach nicht anders auszulegen sind, als daß der Handelnde sich als Erben betrachte, *pro herede gestio*[c]*. Eine besondere Form der Willenserklärung ist nicht erforderlich[1], wenn sie nicht etwa zur Bedingung der Erbeinsetzung gesetzt ist.

Die Erbantretung kann auch durch einen Andern für den Berufenen erklärt, diesem aber der Regel nach nicht ohne dessen eigenen Willen durch jenen als Stellvertreter die Erbschaft erworben werden[2]. Jedoch erwerben 1) juristische Personen die Erbschaft durch ihre rechtmäßigen Vertreter, deren Versäumniß indeß ihnen nicht zum Nachtheil gereichen soll[d]. 2) Für Unmündige und Minderjährige kann deren Vormund allein antreten[e], oder 3) der Vater, in dessen Gewalt sie sich befinden, wogegen diese jedoch Restitution erlangen können[f], mit der Wirkung, daß alsdann die Erbschaft als dem Vater selbst erworben angesehen wird[3].

Anm. [* Zu weit geht Bernhöft's Behauptung (Ztschr. f. vglchd. R.-W. III. Bd. S. 443 fg., bes. S. 448.), daß der Wille gar nicht „erklärt", sondern nur „geäußert" zu sein brauche, d. h. daß die Absicht, den Willen erkennbar zu machen, gleichgültig sei. Nach der weiteren Darstellung scheint B. dies sogar dahin zu verstehen: die Erbschaft sei nuda voluntate angetreten, wenn der Wollende selbst die Absicht hatte, diesen Willen noch nicht zu erklären. An andern Stellen scheint er hier eine ungültige, weil betagte, Antretung anzunehmen. Aber in solchem Falle liegt vorerst gar keine (auch keine betagte) Antretung vor.]

[1] L. 17. Cod. h. t. 6. 30. Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus. Ueber diese *cretio* des älteren Rechts vgl. Gai. II. 164..168. 170..173. Ulp. XXII. 27..34. [Voigt die XII Tafeln II. S. 372 fg.] Zur Erlangung der prätorischen Erbfolge war eine Erklärung vor Gericht erforderlich, die auch im Justinianischen Recht noch vorkommt. L. 9. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. §. 9 sq. J. de b. p. 3. 9. cf. L. 7. §. 3 a (3). Cod. de cur. fur. 5. 70. Diese wird daher von Vielen auch jetzt noch bei denjenigen erfordert, welche nur iure praetorio berufen sind, namentlich bei der b. p. ex edicto unde vir et uxor (§. 480). Allein die Praxis hat diesen Unterschied da, wo die b. p. als definitive

[a] §. 7. J. h. t. 2. 19. cf. L. 12. Cod. h. t. 6. 30. [b] L. 69. D. h. t. 29. 2. L. 19. §. 1. (L. 12. L. 22. §. 14 b. (14.) Cod. h. t. 6. 30. [c] §. 7. J. l. c. L. 20. 21. pr. §. 1. 2. L. 24. 86. §. 2. L. 87. D. eod. cf. L. 13. D. de cond. instit. 28. 7. L. 62. D. h. t. [d] L. 3. §. 4. D. de b. p. 37. 1. cf. L. 1. §. 2. D. de off. procur. Caes. 1. 19. [e] L. 18. §. 2. 4. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 7. §. 1. L. 8. 11. D. de b. p. 37. 1. L. 11. D. de auct. tut. 26. 8. L. 3. 7. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. [f] L. 18. pr. §. 4. Cod. h. t. L. 8. §. 1 b. c. (1.) 6. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

Erbfolge stattfindet, durchgängig unbeachtet gelassen, und es hat sehr den Anschein, daß er auch schon im Just. Rechte nicht mehr praktisch war. Vgl. Leist bon. poss. II. 2. S. 235 fg. S. 376 fg. 413 fg. Köppen Erbr. I. S. 288 fg. Schirmer Erbr. I. S. 101 fg.

[2] Ob die Erbantretung durch Stellvertretung möglich sei, ist streitig. [Interessante dogmengeschichtliche Mittheilungen bei Bernhöft a. a. O.] Die Verneinung gründet sich auf L. 90. pr. D. h. t. (Paulus) respondit, per curatorem (nach Hal. *per procuratorem*) hereditatem acquiri non posse. Cf. L. 54. pr. D. de acquir. dom. 41. 1. Puchta §. 497. not. f. vgl. Mühlenbruch Th. 42. S. 396 fg. Aber die Agnition der bonorum possessio, die doch als pro herede gestio angesehen wird (L. 12. Cod. h. t. 6. 30.), kann durch einen Bevollmächtigten geschehen [Müller Inst. S. 841. N. 67.], und selbst die ohne Auftrag vorgenommene durch Genehmigung des Berufenen wirksam werden L. 3. §. 7. L. 15. 16. D. de b. p. 37. 1. cf. L. 67 (65). §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.). Daher behaupten Andere schon für das Justinianische und vollends für das heutige Recht allgemein die Möglichkeit des Erbschaftserwerbes durch Stellvertreter. Leist die bon. poss. II. S. 308 fg. [Vgl. Leist in d. Forts. v. Glück III. S. 74 fg.] Sintenis §. 183. A. 28. Es wird jedoch einerseits zugegeben, daß der Wille der Erbantretung auch durch einen Auftrag zur Erklärung derselben sich kund geben könne (Mühlenbruch S. 412. vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 16 fg. (civ. Schr. II. S. 17 fg.), andererseits, daß die Kenntniß der Delation und der Wille der Erbantretung beim Delaten selbst vorausgesetzt werde (Leist S. 311.). [Daß eine General-Vollmacht nicht genüge, ist mit R. herrschende Meinung; s. Windscheid §. 596. A. 12. Bernhöft a. a. O. (S. 467.)] Das praktische Interesse des obigen Meinungsstreites beschränkt sich demnach auf zwei Fragen: a) ob [wie die Glosse lehrte] der Auftrag zur Erklärung der Erbantretung immer diese selbst schon enthalte und enthalten müsse? Dies ist zu verneinen: er kann schon die Erbantretung selbst aussprechen, ist aber als bloßer Auftrag bis zur Abgabe der Erklärung widerruflich, so gut wie die abgesandte briefliche Erklärung bis zur Abgabe noch zurückgenommen werden kann; [Bernhöft behauptet, für das heutige, wie für das röm. R., daß eine Antretung durch Boten „ein Widerspruch in sich selbst" sei; „der Bote vollzieht nicht den Antritt, sondern meldet nur den vollzogenen Antritt". Dies ist eine Consequenz seiner in Anm. * abgelehnten Anschauung]; — b) ob auch die Erbantretung durch den Bevollmächtigten in Gemäßheit eines bedingten Auftrages gültig sei? namentlich bei der Bedingung, wenn der Bevollmächtigte nach genommener Einsicht die Erbschaft annehmbar finde (vgl. L. 48. D. h. t. 29. 2. L. 25. §. 9. eod. mit L. 51. §. 2. eod.)? Dies ist zu bejahen, wenigstens nach längst anerkannter Praxis, aber wohl auch schon nach R. R. und nach der Natur der Sache; denn die nach Eintritt der Bedingung wirklich erklärte Antretung ist nun als vom Delaten selbst unbedingt gewollte anzusehen. Leist S. 320. [Dagegen entschieden Bernhöft a. a. O.; inconsequenter Weise aber läßt er (S. 469.) es zu, daß das mand. de adeundo zu einer Zeit gegeben werde, wo der Antritt noch nicht möglich, weil die Delation noch nicht erfolgt ist.] Völlig unnütz ist bei formloser Erbantretung die Frage über die Wirkung der Genehmigung; denn diese selbst ist jedenfalls wirkliche Antretung, und dabei ist es gleichgültig, wann sie stattgefunden (L. 54. D. h. t.). Ihre Bedeutung bei der Agnition der b. p. besteht nur darin, daß nicht noch einmal die gerichtliche Erklärung nothwendig ist. Vgl. auch Köppen Erbr. I. S. 385 fg. Windscheid §. 596. A. 11. 12. Seuffert's Arch. XI. 161. XV. 282. XXI. 243. Unger §. 36. A. 3. — Ueber den Erwerb einer Erbschaft für einen

Verschollenen vgl. §. 26. A. 3., dazu jetzt noch Köppen Erbr. I. S. 423..447. Unger Erbr. §. 36. A. 6.

[3] Das R. R. (not. e. f.) spricht beides (2. und 3.) nur bezüglich des Infans aus; nach heutigem Recht ist es bezüglich aller (auch wahnsinniger) Minderjährigen anzunehmen. [Cropp in] Heise und Cropp Abh. II. S. 166 fg. Leist S. 315. Sintenis §. 183. A. 8. 10. Seuffert §. 567. Köppen Erbr. I. S. 403 fg. 410. Seuffert's Arch. XV. 233. Dagegen jedoch Windscheid §. 596. A. 19. Für den Fall, daß der in väterlicher Gewalt befindliche Delat nicht mehr Kind, aber wahnsinnig oder abwesend ist, enthält das R. R. keine ausdrückliche Bestimmung; cf. L. 7. pr. Cod. de cur. fur. 5. 70. L. 30. pr. L. 52. pr. L. 63. D. h. t. 29. 2. Da der Vater beim Widerspruch des willensfähigen oder anwesenden Kindes die Erbschaft doch für sich selbst erwerben könnte, so scheint es consequent, ihm auch in jenem Falle das Recht der Antretung beizulegen. Vgl. Puchta §. 496. not. e. Köppen S. 411 fg. Sonst findet für wahnsinnige und aus anderm Grunde verhinderte Personen nur ein provisorischer Erwerb statt (§. 538.). — Viele nehmen übrigens ohne gesetzlichen Anhaltspunkt an, daß auch der curator concursus die dem Gemeinschuldner deferirte Erbschaft antreten könne. Holzschuher II. S. 923.; dagegen Köppen I. S. 259. [A. 29. und jetzt arg. R.C.O. §. 1. Dernburg Pr. Pr.R. III. §. 219.] Anders nach österr. Recht: Unger §. 36. A. 7., was auch legislativ wohl zu billigen ist.

## §. 509.

### d) Zeit der Erbantretung.

Für die Antretung der Erbschaft nach Civilrecht[1] ist eine bestimmte Zeitfrist gesetzlich nicht vorgeschrieben[2]. Allein 1) die Antretung innerhalb einer bestimmten Frist kann zur Bedingung der Erbeinsetzung gemacht sein[a]. 2) Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer[3] können auf Entscheidung des Berufenen, ob er die Erbschaft annehme oder nicht, dringen[b]. Dann wird diesem auf Verlangen eine Ueberlegungsfrist, *spatium deliberandi*[4], bewilligt[c], die jedoch nicht über 9 Monate, und selbst durch den Regenten nicht über ein Jahr erstreckt werden soll[d]. Während derselben kann er sich über den Bestand der Erbschaft unterrichten, auch die Befugniß erhalten, unverschiebliche Verwaltungshandlungen vorzunehmen und als Kind des Erblassers einstweilen Alimente daraus zu beziehen[e], obwohl auch die Anordnung einer Cura eintreten kann[f]. Nach Ablauf der Frist wird er, wenn er nicht ausdrücklich abgelehnt hat, als Antretender behandelt, und verliert jedenfalls das beneficium legis Falcidiae; wenn er aber ablehnt und kein ordnungsmäßiges Vermögensverzeichniß errichtet hat, so wird zudem den Bethei-

[a] L. 72. D. h. t. 29. 2. cf. Gai. II. 164 sq. (508. A. 1.) [b] L. 2. 3. 5. 6. D. de int. in iure. 11. 1. L. 9. Cod. h. t. 6. 30. cf. L. 1. §. 12. D. de succ. ed. 38. 9. [c] Dig. de iure deliberandi. 28. 8. Cod. 6. 30. [d] L. 22. §. 13 a. (13.) Cod. h. t. cf. L. 2..4. D. h. t. 28. 8. [e] L. 5..7. 9. D. eod. L. 28. de adquir. hered. 29. 2. [f] L. 8. 9. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4. L. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5.

ligten gestattet, den Betrag der Erbschaft durch ihren Eid festzustellen[g]. 3) Auch diejenigen, welche nach dem Berufenen die Anwartschaft auf die Erbschaft haben, namentlich der Substitut[5], können eine solche Fristbestimmung erwirken, aber mit dem Unterschied in der Wirkung, daß nach deren Ablauf der Berufene, wenn er nicht angetreten hat, als **Ausschlagender** behandelt wird[h]. 4) Der Berufene kann auch aus freien Stücken eine Ueberlegungsfrist nachsuchen[i]; dies hat für ihn die nämlichen Folgen, wie nach 2. und 3., je nachdem ihm nur Gläubiger und Vermächtnißnehmer gegenüberstehen, oder ein anderer nach ihm Berufener die Erbschaft übernimmt[6]. 5) Ist Jemand unter einer potestativen Bedingung eingesetzt, so kann ihm auch für deren Erfüllung und darauf folgende Antretung eine Frist gesetzt werden[k]; die Versäumung derselben bewirkt, daß nunmehr dem Nächstberufenen die Erbschaft überlassen wird oder die Gläubiger deren Verkauf betreiben können[7]. Eine besondere Bestimmung gilt noch 6) für den Fall, wenn ein Pflichttheilsberechtigter wegen Verletzung des Pflichttheils das Testament anfechten will[l].

Anm. [1] Für die Agnition der bonorum possessio ist Aeltern und Kindern des Erblassers eine Frist von einem Jahr, andern Erben von 100 Tagen als tempus utile (§. 90.) gesetzt, deren Versäumung von selbst die Delation der b. p. aufhebt. [Ueber den wahrscheinlichen Zusammenhang mit der Cretionsfrist s. Leist in d. Forts. v. Glück. I. Thl. S. 331 fg.] §. 9..11. (in der Kriegel'schen Ausg. §. 8..10., in alten Ausg. §. 4. in f. §. 5. 6.) J. de b. p. 3. 9. L. 1. pr. §. 8..16. Dig. de successorio edicto. 38. 9. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. 38. 15. L. 2. 5. Cod. qui ad b. p. 6. 9. Es findet auch darauf Anwendung, was in §. 508. A. 1. bemerkt ist. Vgl. Seuffert's Arch. IX. 313. — Unger Erbr. §. 36. A. 12..16.

[2] Vgl. Gai. II. 167. mit §. 5..7. J. de hered. qual. 2. 19. — Nach Justinianischem Recht hat man zwar eine gesetzliche Deliberationsfrist, und zwar a) von einem Jahr in L. 19. Cod. h. t., und b) von drei Monaten in L. 22. §. 1b (1). eod. finden wollen, bald mit der Bedeutung, daß der Säumige ipso iure Erbe werde, bald mit der entgegengesetzten, daß er vom Erwerbe ausgeschlossen sei. Die Richtigkeit dieser Meinungen ist aber gründlich dargethan von Vangerow im civ. Arch. XXII. 7. [S. 151 fg.] vgl. Puchta und Arndts in den krit. Jahrb. IV. S. 7..29 (civ. Schr. II. Nr. 43. S. 222 fg.). Zachariä das. X. S. 840. Mühlenbruch Th. 41. S. 300 fg. Mayer Erbr. I. S. 344 u. a.

[3] Brinz Pand. 1. Aufl. S. 814 fg. ist der Ansicht, daß die Vermächtnißnehmer hier „ohne zutreffenden Beleg aus den Quellen" und „ohne innere Gründe" neben den Gläubigern genannt werden. Das erste ist insofern richtig, als in den Quellen die Vermächtnißnehmer nicht **ausdrücklich** als berechtigt zu der interrogatio in iure „an heres sit?" angeführt werden. Aber wenn diese gegeben wurde, quia plerumque difficilis probatio aditae hereditatis est (L. 3. D. de interrog. 11. 1), so wird sie

[g] L. 22. §. 14. Cod. h. t. [h] L. 69. 70. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. D. de iure delib. 28. 8. L. 22. §. 14. Cod. l. c. [i] L. 22. §. 13. 14. Cod. l. c. [k] L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [l] L. 36. §. 2. Cod. de inoff. test. 3. 28.

wohl auch den Vermächtnißnehmern nicht verweigert worden sein, um sich zu vergewissern, ob und zu welchem Theil der Gegner Erbe sei. Und was die innern Gründe betrifft, so ist es doch wohl einleuchtend, daß es auch in Betreff der Vermächtnisse defunctorum interest, ut habeant successores (L. 6. pr. eod.), daß ferner der Delat keine Schonung verdient, der aus bloßer Laune die Entscheidung darüber, ob gegen ihn als Onerirten zu klagen ist, in die Länge zieht, vollends wenn es nicht in seiner Macht steht, durch Ablehnung der Erbschaft das Vermächtniß ganz zu vereiteln (§. 542. 552. 553.).

4 Vgl. überhaupt Witte im Rechtslex. I. S. 887 fg. Mühlenbruch a. a. O. S. 277 fg. 383 fg. Grosch diss. inaug. de iuris deliberandi origine et ambitu in iure Rom. anteiust. Vratislav. 1839. Dedekind das Deliberationsrecht des Erben und die interrogationes in iure faciendae, 1870. (vrbr. Pfaff in der krit. Vjschr. XIII. S. 446 fg.) [Das Deliberationsrecht des Erben hindert nicht die Eröffnung des Concurses über den Nachlaß. R.Conc.O. §. 202 fg.]

5 Nur dem Substituten legt dieses Recht bei Puchta §. 498. not. c. Dagegen Leist a. a. O. S. 461. A. 5. Sintenis §. 184. A. 4. Mühlenbruch aber behauptet (Th. 41. S. 391 fg.), daß nach L. 22. §. 14. Cod. h. t. diese Bestimmung ganz wegfalle, und überall nur das Präjudiz unter Nr. 2 eintrete; dagegen Sintenis a. a. O. Wiederum aber hat Bruns in Bekker's Jahrb. I. S. 120 fg. ausgeführt, daß den nachfolgenden Erben überhaupt jenes Recht nie zugestanden habe, die herrschende Ansicht namentlich durch L. 69. D. 29. 2., vgl. mit L. 10. D. h. t. 28. 8., nicht begründet sei, wornach vielmehr nur auf Drängen der Gläubiger oder Legatarien zunächst dem Institutus, dann dem Substituten u. s. w. eine Deliberationsfrist gesetzt werde, und dieser Ansicht ist auch Brinz Pand. S. 815., der nur auch das Drängen der Legatarien noch beseitigt (A. 3.). Mit Bruns, aber gegen Brinz stimmen auch Dedekind [S. 37 fg.] und Pfaff S. 450. überein, hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Nachberufene kein Recht und keinen Anlaß gehabt habe, dem Vorberufenen die interrogatio in iure zu stellen: an heres sit? Gegen Bruns aber Windscheid §. 598. A. 5. arg. L. 23. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. (vgl. A. 7.), der aber mit Mühlenbruch a. a. O. überall dasselbe Präjudiz wie im Fall Nr. 2. eintreten läßt.

6 Nur auf diesen Fall bezieht Puchta §. 498. bei not. e. die Vorschrift, daß die Deliberationsfrist höchstens 9 Monate, beziehungsweise ein Jahr betragen soll (not. d.). Auch verbindet derselbe damit nicht das Präjudiz der Antretung, beziehungsweise Ausschlagung der Erbschaft. Dagegen Sintenis III. §. 185. S. 501 fg. Beide aber finden in der sehr problematischen L. 22. §. 1. Cod. h. t. noch die Bestimmung, daß man durch Ausschlagen der Erbschaft nur, wenn sie binnen 3 Monaten geschehe, allen Nachtheil vermeide. Sintenis a. a. O. A. 9. vgl. A. 2.

7 Daß auch in diesem Falle das Präjudiz der geschehenen Antretung stattfinde, behauptet Sintenis §. 184. A. 3. Bruns a. a. O. aber will auch hier die Bestimmung einer Antretungsfrist nur auf Drängen der Gläubiger zulassen, sich berufend auf die Worte: „postulantibus creditoribus“ in L. 23. §. 2. D. 28. 5.; dabei ist jedoch zu beachten, daß der §. 2. sich auf den Fall bezieht, wenn die Erfüllung einer nicht potestativen Bedingung der Institutio sich zu lange erwarten läßt, und Windscheid a. a. O. nennt es willkürlich, die allgemein redende L. 23. §. 1. cit. aus §. 2. cit. zu erklären.

## §. 510.

### e) Ablehnung der Erbschaft[a].

Wer die Erbschaft erwerben kann, nach prätorischem oder nach Civilrecht[1], kann dieselbe auch ausschlagen[b]; er wird dadurch der Regel nach ebenso von derselben ausgeschlossen[1a], wie durch die Annahme daran gebunden[c], auch wenn es vor Ablauf der ihm zustehenden Frist geschieht[d]. Die Ablehnung geschieht durch einfache Willenserklärung[e]; sie setzt aber Kenntniß der Delation[2] voraus, in demselben Maße und Umfange, wie die Antretung[f].

Anm. [1] Vgl. §. 506. 508. Unger Erbr. §. 37. Streitig ist es, ob es zur Ablehnung der Erbschaft durch den Vormund eines obervormundschaftlichen Decrets bedürfe (§. 457.)? Dagegen Rudorff Vormundsch. II. S. 401. Seuffert's Arch. XIII. 100; dafür Köppen Erbr. I. S. 261. arg. L. 5. §. 8. D. de reb. eor. 27. 9. Seuffert's Arch. XVIII. 148. Vgl. österr. bürg. Gstzb. §. 233. [Wegen des Cridars s. R.C.O. §. 122. Z. 2. Dernburg Pr. Pr.R. III. §. 219.]

[1a] Vgl. indeß auch §. 511. a. E.

[2] Bedenken hat erregt L. 97. D. h. t. (Paul. lib. 3. decret.) Clodius Clodianus, facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire; dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse. Seuffert's Arch. V. 302. Aber vgl. Puchta's Vorles. §. 499. („Man kann nur etwas repudiiren, was deferirt ist und von dessen Delation man weiß. Dies ist die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben".) Mühlenbruch Th. 43. S. 109 fg. Bähr die Anerkennung S. 196 [2. Aufl. S. 214] fg. Köppen in den dogmat. Jahrb. V. S. 142. Erbr. I. S. 355. A. 8. Die Art jedoch, wie der letzte die L. 97 cit. beseitigen will („die Schlußworte zeigen, daß es sich hier um ein zweites Testament handelte, welches ab initio gültig war"), ist mit dem Wortlaut derselben unvereinbar. [S. noch Dedekind die Anerkennung ungültiger letztwilliger Anordnungen. 1872. S. 25 fg.]

## §. 511.

### 2) Erwerb ohne Willen.

Diejenigen Personen, welche bis zum Tode des Erblassers in dessen Gewalt gestanden, sowie auch die Nachgeborenen, welche früher geboren

[a] Dig. de adquirenda vel omittenda hereditate. 29. 2. Cod. de repudianda vel abstinenda hereditate. 6. 31. cf. Cod. de repudianda bonorum possessione. 6. 19. [b] L. 18. D. h. t. 29. 2. L. 5. Cod. h. t. 6. 31. [c] L. 4. Cod. l. c. §. 5. 7. J. de hered. qual. 2. 19. [d] L. 4. pr. D. quis ordo. 38. 15. L. 1. §. 3. D. si tab. test. 38. 6. cf. L. 1. §. 7. D. de succ. ed. 38. 9. §. 509. 2. [e] L. 95. D. h. t. 29. 2. L. 1. §. 6. D. de succ. ed. 38. 9. [f] L. 13..15. 17. 23. D. h. t. 29. 2. cf. L. 19. D. de inoff. test. 5. 2.

derselben unterworfen sein würden, erwerben als *necessarii* heredes[1] die Erbschaft von selbst, ohne ihr Wissen oder Wollen, unmittelbar durch die Berufung zu derselben[a] [§. 472]. Dies gilt von dem zum Erben eingesetzten Enkel auch dann, wenn er nicht suus heres des Testators ist[b], so zwar, daß zugleich seinem ebenfalls in der Gewalt des Testators gestandenen Vater von selbst der Nießbrauch daran zufällt[2]. Ebenso wird der Pupillarsubstitut, der in der Gewalt des Testators stand, von selbst Erbe des Pupillen[c]. Durch eine Potestativbedingung der Erbeinsetzung kann die Antretung in den Willen des Eingesetzten gestellt werden, wenngleich dieser sonst ipso iure Erbe würde[d].

Durch das prätorische Recht ist jedoch den Kindern überhaupt die Möglichkeit gegeben, sich der väterlichen Erbschaft zu entschlagen[e], indem sie sich jeder Einmischung in dieselbe enthalten[f], *beneficium abstinendi*[3], welches auch ihren Erben[4] noch zu Statten kommt[g], wegen dessen nun aber auch, um eine Erklärung über Annahme oder Ablehnung zu erzielen, die Vorschriften des §. 509. auf sie Anwendung finden[h]. Die Folge der Enthaltung von der Erbschaft ist, daß der Erbfall nun so behandelt wird, als ob der Suus nicht Erbe des Vaters[5] geworden wäre[i], daher denn auch Andere nunmehr, als Substituten[k], Miterben[l], oder Intestaterben[m], und so aus anderem Grunde der Abstinirende selbst[n] die Erbschaft, beziehungsweise Miterben den Erbtheil, erlangen können[6], obwohl der letzte streng genommen Erbe bleibt[o], und daher das Testament, wenn auch der Abstinent der einzige eingesetzte Erbe ist, bezüglich der nicht diese Erbschaft betreffenden Verfügungen nicht als destituirtes gilt[p]. Uebrigens kann der Suus, nachdem er auf die Erbschaft verzichtet, doch dieselbe wiederum annehmen, wenn nicht die Erbmasse bereits verkauft ist[q], jedoch nur innerhalb einer Frist von drei Jahren, die aber für den Minderjährigen erst am Ende seiner Restitutionsfrist beginnen soll[r].

[a] pr. §. 1 . . 3. J. de hered. qual. 2. 19. L. 15. 16. D. h. t. 29. 2. [b] L. 6. §. 5. 6. D. eod. L. 13. D. de bon. lib. 38. 2. cf. L. 18. pr. D. de castr. pec. 49. 17. L. 6. 8. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. [c] L. 2. §. 4. L. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 42. pr. in f. D. h. t. 29. 2. [d] L. 12. D. de condit. inst. 28. 7. L. 87 (86). D. de hered. instit. 28. 5. [e] §. 2. J. l. c. cf. Gai. II. 158 . . 160. [f] L. 11. 12. 57. 87. pr. D. h. t. 29. 2. L. 1. Cod. de repud. hered. 6. 31. cf. L. 71. §. 3 . . 9. L. 91. D. l. c. L. 2. Cod. l. c. [g] L. 7. §. 1. D. eod. cf. L. 19. pr. (L. 19.) Cod. de iure delib. 6. 30. [h] L. 7. pr. L. 8. D. de iure delib. 28. 8. L. 12. D. de interrog. in iure. 11. 1. L. 19. 22. Cod. l. c. [i] L. 57. pr. L. 87. §. 1. L. 89. D. h. t. 29. 2. L. 89. D. de legat. I. cf. L. 17. D. de iniusto test. 28. 3. [k] L. 44. D. de re iud. 42. 1. [l] L. 44. cit. L. 38. 55. 56. D. h. t. 29. 2. [m] L. 6. Cod. de legit. hered. 6. 58. L. 6. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. L. 2. §. 8. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. [n] L. 1. §. 7. D. si quis om. caus. 29. 4. L. 41. D. h. t. 29. 2. [o] L. 30. §. 10. D. de fideicomm. lib. 40. 5. L. 2. §. 8. cit. [p] L. 42. pr. D. h. t. 29. 2. L. 12. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. cf. L. 30. §. 10. cit. L. 87 . . 89. D. de legat. I. [q] L. 8. D. de iure delib. 28. 8. [r] L. ult. Cod. h. t. 6. 31.

Anm. [1] Nach R. R. gehörte dahin auch der von seinem Herrn eingesetzte Sklave, necessarius heres schlechtweg. Die Kinder werden sui et necessarii genannt. Vgl. jedoch not. b.

[2] L. 6. §. 5. D. h. t. 29. 2. Interdum filiifamilias et sine aditione adquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate, utputa si nepos ex filio exheredato heres sit institutus, patrem enim suum sine aditione faciet heredem, et quidem necessarium. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. (civ. Schr. II.) S. 7 fg.

[3] Vgl. überhaupt Witte im Rtslex. I. S. 856..871. Mühlenbruch a. a. O. Th. 42. S. 325..396. [Schmidt (v. Ilmenau) Civil. Abhdlg. I. S. 64. 68 fg.] — Dem Unmündigen soll die Einmischung nicht schaden, während die mündigen Minderjährigen nur in integrum restitutio dagegen erlangen können. L. 11. 57. D. h. t. Nach heutigem Recht muß aber wohl auch bei diesen die Immixtion ohne vormundschaftliche Zustimmung als völlig wirkungslos angesehen werden.

[4] Nach der Meinung Einiger jedoch nur dem suus heres des Erben: arg. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. Huschke in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 84 fg. Wieding die Transmission Justinian's S. 15 fg. 89 fg. Dagegen Mühlenbruch S. 350 fg. Sintenis §. 202. A. 15. Windscheid §. 595. A. 14.

[5] Eine Consequenz daraus bezüglich des Pupillarsubstituten enthält L. 42. pr. D. h. t. (Ulp.) Julianus... scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum, creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet, substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a Marcello recte notata est; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et, si frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato, possidebit hereditatem, et quidem impune; nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris; ceterum utique si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet. Cf. L. 12. D. de subst. 28. 6. Dem scheint aber L. 28. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. von Javolenus zu widersprechen. Ueber die Vereinigungsversuche vgl. Mühlenbruch Th. 40. S. 419 fg. Vangerow §. 454. a. E. Puchta Vorles. §. 478. [bei A. 3. 4.] Huschke a. a. O. S. 98 fg., zur Pandektenkritik S. 12.

[6] Bestritten wird von Manchen die Regel, daß in Folge der Abstinenz des Suus auch die Intestaterben zur Erbschaft kommen können, indem sie die Stellen in not. m. theils durch gezwungene Erklärung beseitigen (L. 6. Cod. cit.), theils als bloße Ausnahmen ansehen. Witte a. a. O. S. 867 fg. Dagegen Mühlenbruch Th. 42. S. 368 fg. Indessen kann im Interesse des unmündigen Erben (nach heutigem Recht wohl auch des minderjährigen) der Verkauf der Erbschaft angeordnet werden, um ihm den sich ergebenden Ueberschuß zu erhalten. L. 6. pr. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5. L. 81 (79). D. ad Sc. Treb. 36. 1.

## B. Erwerb der Erbschaft durch einen Andern als den Delaten.

### §. 512.

Regel ist, daß nur derjenige Erbe werden kann, welchem die Erbschaft deferirt ist. Dieser kann nicht die Möglichkeit, Erbe zu werden, willkürlich auf einen Andern übertragen, das Erbrecht in diesem Sinn nicht veräußern, mit der Wirkung, daß nun der Andere anstatt seiner Erbe werden könne[1]. Kann der Berufene selbst die Erbschaft nicht mehr erwerben, so ist dessen Berufung ganz vereitelt; das Recht, die Erbschaft zu erwerben, geht nicht auf die Erben des Berufenen über[2], wenn dieser vor der Erwerbung gestorben ist[a]. Daß der Erbe eines suus et necessarius heres auch die Erbschaft des Vaters seines Erblassers erhält[b], sog. transmissio ex capite suitatis, ist keine Ausnahme von dieser Regel.

Die Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahme; es gibt Fälle, wo gegen die Regel anstatt des eigentlich Berufenen ein Anderer Erbe werden kann, auf welchen nämlich die Delation übertragen wird, und welcher daher auch den Substituten ausschließt, vorausgesetzt freilich, daß nicht der Testator die Einsetzung durch den Selbsterwerb des Eingesetzten bedingt oder die Substitution deutlich bloß von der Nichterwerbung durch den Eingesetzten selbst abhängig gemacht hat[3]. Jener Uebergang des Erwerbrechts auf einen Andern tritt schon beim Leben des Berufenen zu Gunsten des Vaters ein[c], wenn das in seiner Gewalt befindliche Kind die ihm angetragene Erbschaft ausschlägt (§. 506.). Er findet sodann in verschiedenen Fällen nach dem Tode des Berufenen statt, theils zu Gunsten der Erben desselben, theils auch ohne Rücksicht auf dessen Beerbung; die Fälle dieser Art, nebst dem in der Note b bezeichneten, pflegt man vorzugsweise Transmission der Erbschaft zu nennen[4] [5].

Anm. [1] Nach älterem Recht konnte allerdings die *legitima* hereditas vor der Antretung einem Andern in iure cedirt und dadurch diesem das Antretungsrecht übertragen werden, während die *in iure cessio* der testamento delata hereditas nichtig war. Gai. II. 35..37. III. 85..87. Ulp. XIX. 13. 14. [S. Kuntze Excurse 2. Aufl. S. 618 fg. Voigt die XII Tafeln II. S. 374 fg.] Dies kommt aber im Justinianischen Recht nicht mehr vor; es hat sich darin nur eine ohne jene rechtshistorische Notiz unverständliche Spur davon in L. 4. §. 28. D. de doli except. 44. 4. erhalten, welche Stelle nun im Justinianischen Recht nur mehr von dem Fall einer Veräußerung

[a] L. un. §. 5. 13. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 7. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 3. §. 7. D. de b. p. 37. 1. [b] L. 8. Cod. de suis et legit. 6. 55. cf. L. 19. §. 2. D. de castr. pec. 49. 17. L. 2. §. 4. D. de reb. dub. 34. 5. L. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 1. §. 8. D. de collat. bon. 37. 6. L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. [c] L. 8. pr...§. 3. Cod. de bon. quae lib. 6. 61.

der dem Delaten zuvor erworbenen Erbschaft zu verstehen ist. Gleichwohl wird es noch, ohne die Form der in iure cessio, für praktisch gehalten von Puchta §. 508. und Rudorff das. Anm. c*. [dazu aber Schirmer in der 12. Aufl. a. a. O.] Köppen die Erbschaft S. 94 fg. Windscheid §. 601. A. 4. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. Th. 43. S. 144. A. 63..65. Scheurl Beitr. I. S. 100. Köppen in den dogm. Jahrb. V. S. 175 fg. u. im Erbr. I. S. 324 fg. [Rivier §. 37.] Unzulässig ist es auch, mit Göschen III. S. 430. eine solche Veräußerung der hereditas delata ohne weiters als Veräußerung der h. adquisita auszulegen. L. 6. D. de R. J. Köppen S. 330 fg. Vgl. jedoch österr. bürg. Gsgb. §. 1278. 1282.

2 Anders das österr. Recht: §. 537. 809. Unger Erbr. §. 36. A. 17. 18.

3 Ein eigener Fall dieser Art in Seuffert's Arch. XV. 35.: Der Testator hat eine Substitution angeordnet für den Fall, daß der Eingesetzte in ledigem Stande sterbe; dieser ist wirklich vor Antretung der Erbschaft ledig gestorben. — Nach österr. Recht (A. 2.) wird mit gutem Grund als Regel angenommen, daß der Nacherbe die Transmission ausschließe. Unger a. a. O. A. 18.

4 In dem Falle der not. b. ist es die erworbene Erbschaft, welche transmittirt wird, in den andern Fällen das Erwerbsrecht, die Delation. Daß es gerade die Erben des Delaten seien, zu deren Gunsten die Uebertragung stattfindet, gehört nicht nothwendig zum Begriff der Transmission, welches Wort überhaupt nicht eine streng bestimmte technische Bedeutung hat, sondern selbst auch wohl zur Bezeichnung des Falles einer successiven neuen Delation dient (Ulp. XXVI. 5.). Von diesem Falle aber sind die Transmissionsfälle im obigen Sinne dadurch unterschieden, daß es die an eine Person geschehene Delation ist, in Folge deren eine andre die Erbschaft erwerben kann. Daher ist ungegründet der Tadel in Köppen's Erbr. I. S. 402. A. 81., welcher überall nur, wo die Delation an die Erben des Delaten gelangt, von einer Transmission, sonst nur von successiver Delation gesprochen haben will. Vgl. übrigens Marezoll zur Lehre v. d. sog. Transmissionsfällen, in Linde's Ztschr. II. 3. Steppes die Transmission der Erbschaft nach R. R. 1831. Mühlenbruch a. a. O. S. 148..243. Heimbach im Rtslex. XI. S. 511..535. Göring die sog. Transmissionsfälle im röm. Erbrecht und ihre Bedeutung für die L. vom Erbschaftserwerbe, in den dogm. Jahrb. XV. 3. S. 137..205. [Göring bezeichnet „die Idee der Vererblichkeit des Erbanfalles" als den „treibenden Gedanken" in der Geschichte der Transmission (S. 138 und 193), der aber „rechtslogisch nur als Consequenz des Prinzipes, daß die Erbschaft vom Erben ipso iure mit dem Tod des Erblassers erworben sei (!), gedacht werden" könne (S. 196): eine „Succession in die Delation" sei „geradezu absurd" (S. 194). Kann man aber nicht sagen: „Succession in das aus der Delation erwachsende Recht", welches §. 809. des österreich. Gb. treffend bezeichnet als „das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen" —? Vgl. die in §. 515. cit. L. 19. insbes. vb. „praedictum arbitrium in successionem suam transmittat."]

5 [Von einer Transmission der noch nicht deferirten Erbschaft kann nie die Rede sein, also namentlich auch dann nicht, wenn der Eingesetzte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt hat; s. Strohal Transmission pendente condicione 1879, S. 24 fg. Ueber dieses Buch vgl. Tewes in der Wiener Ztschr. VII. S. 413 fg. und Krasnopolski in der krit. Vjschft. XXII. S. 181 fg.]

## §. 513.

### 1) Sog. transmissio ex capite infantiae oder ex iure patrio.

Wenn die Erbschaft einem **Kinde** unter 7 Jahren angetragen ist, und dieses noch in der Infantia stirbt, bevor ihm die Erbschaft erworben ist, so steht dem Vater desselben das Recht zu[1], die Erbschaft zu erwerben[a], sogar auch dann, wenn sich das Kind nicht in dessen Gewalt befindet[b]. Dasselbe wird auch bei dem **erwachsenen** in der väterlichen Gewalt befindlichen Kinde angenommen[2], wenn durch Abwesenheit der Erwerb der Erbschaft vor dem Tode desselben verhindert worden ist[c], womit denn weiter auch der Fall des Wahnsinns gleich zu behandeln wäre.

Anm. [1] L. 18. §. 1. Cod. 6. 30. (Theodos. et Valent. a. 426.) sagt: Sed si hoc parens neglexerit (sc. *adire infantis nomine hereditatem*) et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta iure patrio *quasi iam infanti quaesita* capere: mit Rücksicht darauf, daß damals noch alles dem Kinde Erworbene, auch die bona materna und materni generis, durch dessen Tod iure peculii dem Vater zufiel. L. 1..3. Cod. de mat. bon. 6. 60. cf. L. 4. Cod. de bon. quae lib. 6. 61. Nach Just. Recht (§. 429. 432.) wäre es nun consequent, dies so zu verstehen, daß der Vater nur dasselbe Recht an der später erworbenen Erbschaft haben solle, was ihm an der wirklich dem Kinde schon erworbenen zustehen würde, nur etwa nach L. 8. §. 1. b. 1. c. 2. (§. 1. 2.) Cod. de bon. quae lib. 6. 61. mit dem Zusatze, daß er die Erbschaft ganz für sich behalte, wenn die Erben des Kindes dieselbe ablehnen, was sich aber nach Nov. 118. cap. 2. ohnehin von selbst ergäbe, weil darnach der Vater zur Miterbschaft des Kindes berufen ist. Die herrschende Ansicht aber, die Worte *quasi iam infanti quaesita* weiter nicht beachtend, findet darin ein dann freilich auffallend singuläres Recht des Vaters, die Erbschaft schlechthin für sich zu erwerben. Mühlenbruch Th. 43. S. 199..204. Brinz S. 819 fg. Dagegen erklärt sich Köppen Erbr. I. S. 401 fg., gegen diesen aber Windscheid §. 601. A. 8. mit Rücksicht auf L. 18. §. 3. cit. (not. b.). [Vgl. jetzt Göring a. a. O. (s. §. 512. A. 4.) S. 169 fg.]

[2] Mühlenbruch S. 200. vgl. §. 508. A. 3. §. 516. Dagegen Tewes II. S. 69. Windscheid a. a. O.

## §. 514.

### 2) Sog. transmissio Theodosiana.

Nach einer Verordnung von Theodosius II.[1], die Justinian noch ausdrücklich wieder bestätigt hat[2], sollen **eingesetzte Descendenten** des Erblassers, wenn sie auch vor Eröffnung des Testaments gestorben sind, sie mögen von der Erbeinsetzung gewußt haben oder nicht, den

[a] L. 18. §. 1. Cod. de iure delib. 6. 30. [b] L. 18. §. 3. in f. Cod. l. c. [c] arg. L. 30. pr. D. de adquir. hered. 29. 2.

ihnen hinterlassenen Erbtheil auf ihre Descendenten transmittiren, so daß diese noch denselben, wenn sie nicht die Erbschaft (ihres Erblassers) ablehnen, als ihnen gebührend in Anspruch nehmen können. Dies nennt man nun transmissio Theodosiana, deren nähere Bestimmungen jedoch überaus streitig sind[3].

Anm. [1] L. un. Cod. de his qui ante apertas tabulas hereditates (hereditatem) transmittunt. 6. 52. (Theod. et Valent. a. p. Chr. 450.) Per hanc iubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia *scriptos heredes*, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et *ante apertas tabulas* defuncti, *sive se noverint* scriptos heredes *sive ignoraverint*, *in liberos suos*, cuiuscunque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione obstante sibi tanquam debitam vindicare: quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis a patre vel (a) matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; si quidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.

[2] L. un. §. 5. Cod. de cad. toll. 6. 51. In novissimo autem articulo, ubi proprie caduca fiebant,.. et (etiam) clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemus, et dies legatorum seu fideicommissorum.. a morte defuncti cedere; hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur etc.

[3] Vgl. Löhr im civ. Arch. II. 14. [S. 192 fg.] Steppes a. a. O. S. 33 fg., und vorzüglich (auch wegen der Literatur) Vangerow im civ. Arch. XXV. 14., sodann Mühlenbruch Th. 43. S. 204..218. Löhr in Linde's Ztschr. n. F. VII. 3. Huschke das. IX. 2. Wolff de transmissione Theodosiana diss. inaug. Marburgi 1853. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 820 fg. [Göring a. a. O. S. 174 fg.] Vgl. auch prakt. Arch. II. S. 504 fg. Seuffert's Arch. II. 311. V. 33. VI. 233. VII. 70. XV. 273. — Streitig ist namentlich, von andern weniger erheblichen Punkten abgesehen, a) ob diese Transmission nicht auch stattfinde, wenn die Eingesetzten schon vor dem Tode des Testators (Löhr, Sintenis §. 204. A. 9. [Nr. 4.]) oder b) erst nach der Testamentseröffnung gestorben sind (Löhr, Huschke, Puchta §. 508. [nach not. i, vgl. ebd. bei not. g.], Sintenis, Wolff S. 27 fg.)? c) ob nur, wenn ein Descendent pro parte, nicht ex asse eingesetzt ist (Huschke)? d) ob auch, wenn die Descendenten des Eingesetzten dessen Erbschaft ablehnen (Puchta, Löhr, Sintenis, Vangerow)? e) ob sie auch bei der Intestaterbfolge anzunehmen sei (Puchta §. 503. a. E. Wolff S. 38 fg.)? f) ob und inwiefern sie auch anwendbar sei, wenn die eingesetzten Descendenten sui heredes sind (Wolff S. 31 fg.)? — Die Beantwortung dieser Streitfragen hängt großentheils von der Ansicht über den historischen Zusammenhang und

ursprünglichen Zweck der Constitution ab: ob diese α) eine stillschweigende Substitution der entfernteren Descendenten anordnen wollte (Löhr)? [vgl. österreich. a. b. G. B. §. 779.] oder β) wie die Meisten annehmen, durch die Bestimmungen der lex Papia Poppaea veranlaßt war, wonach regelmäßig ein ex parte eingesetzter Erbe die Erbschaft nicht ante apertas tabulas testamenti antreten, also, wenn er früher starb, dieselbe nicht als schon erworbene auf seine Erben transmittiren konnte (Ulp. XVII. 1. XXIV. 31. cf. L. 1. §. 4. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. L. 21. in f. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 3. Cod. de iure delib. 6. 30. L. un. §. 5. Cod. de cad. toll.)? oder γ) nur die Beseitigung gewisser Beschränkungen oder Einwendungen gegen eine schon früher behauptete Transmission zu Gunsten der Descendenten bezweckte (Huschke)? oder δ) überall den entfernteren Descendenten ihren natürlichen Anspruch auf den Nachlaß der Großältern erhalten wollte, wo jenen das ihren zunächst berufenen Aeltern Bestimmte durch Vereitelung des Erwerbs derselben nach damaligem Recht entgangen wäre, indem nun dieser Erwerb dennoch zu ihrem Vortheil als geschehen behandelt werden sollte, selbst in dem Falle, wo die Eingesetzten nach der lex Pap. Popp. noch nicht hatten erwerben können (Wolff S. 11 fg.)? — Unrichtig scheint es jedenfalls, wenn man die Worte *licet non sint invicem substituti* gewöhnlich von der Substitution der entfernteren Descendenten versteht; sie sind vielmehr von gegenseitiger Substitution aller Eingesetzten zu verstehen, wodurch man die Anwendung der lex Pap. Poppaea de caducis auszuschließen pflegte. Vgl. Wolff S. 17 fg. Lewes II. S. 72.

## §. 515.

### 3) Sog. transmissio Justinianea.

Wenn der Berufene vor Ablauf eines Jahres, nachdem ihm die Berufung kund geworden, oder, falls er sich eine Ueberlegungsfrist erbeten hat, vor Ablauf dieser Frist, aber auch noch innerhalb jenes Jahres gestorben ist, ohne sich über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft erklärt zu haben, so können seine Erben noch innerhalb der übrigen Zeit des Jahres, beziehungsweise der Ueberlegungsfrist, aber jedenfalls doch nur innerhalb jenes Jahres, anstatt ihres Erblassers die Erbschaft antreten[1]. Auch durch testamentarische Festsetzung einer Antretungsfrist kann diese Transmission auf eine kürzere Zeit eingeschränkt, nicht aber über das Jahr hinaus erstreckt werden[2].

Anm. 1 Diese Transmission beruht auf einem Gesetz Justinian's vom J. 529., L. 19. Cod. h. t. 6. 30. Quum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt, eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam. §. 1. Ideoque sancimus: si quis *vel ex testamento vel ab intestato* vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa *deliberare videatur*, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, praedictum *arbitrium* [vgl. die in §. 512. A. 4. cit. Worte des

§. 809. des österr. Gb.] in successionem suam transmittat, ita tamen, ut *unius anni* spatiis (spatio) eadem transmissio fuerit conclusa. §. 2. Et si (*sic?*) quidem is, qui *sciens*, *hereditatem sibi* esse vel ab intestato vel ex testamento *delatam*, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. §. 3. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel ex testamento [die drei letzten Worte fehlen in der Ausgabe von Herrmann; Krueger vermuthet S. 561: *vel aliter ei cognitum sit vel ab intestato vel ex testamento*] vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur. — Bestritten ist a) daß auch in dem Falle, wenn eine längere Ueberlegungsfrist gegeben ist, die Transmission auf das Jahr eingeschränkt sei. Steppes S. 57. Puchta §. 504. [not. k.]; dagegen Vangerow im civ. Arch. XXIV. 5. S. 170 fg. Mühlenbruch Th. 41. S. 322 fg. b) ob diese Transmission nicht auch stattfinde, wenn der Berufene ohne Kenntniß von der Berufung gestorben ist? Vangerow a. a. O. S. 178 fg.; dagegen Mühlenbruch Th. 43. S. 219 fg. Puchta §. 504. not. m. „In der unglossirten Nov. 158. wird freilich die transmissio Justinianea auf den Fall, wenn der Delat in der Kindheit (also Handlungsunfähigkeit) verstarb, angewendet, und zugleich das Jahr vom Tod des Erblassers an gerechnet. Das Letztere enthält eine Abweichung von dem Grundsatz der L. 19. cit., und dies mag gar wohl berechtigen, auch das erste, also überhaupt die Anwendung des Gesetzes auf diesen Fall, für Willkür zu erklären." Dagegen führt Wieding die Transmission Justinian's (1859) §. 2. 19 fg., die Ansicht aus, daß auf die Kunde des Delaten von der Delation überall nichts ankomme und in jedem Falle das Transmissionsjahr vom Zeitpunkt der Delation an zu rechnen sei; gegen diesen wieder Brinz S. 822 fg. Windscheid §. 600. A. 4. 5., der aber gegen die herrschende Meinung mit Vangerow a. a. O. übereinstimmt. [Wieder anders Göring (s. §. 512. A. 4.) S. 177 fg.] Vgl. Seuffert's Arch. XIII. 46. XIV. 242. XVI. 125. XIX. 245.

[2] Ungegründet ist die Meinung, daß die Transmission hier ganz ausgeschlossen sei. Mühlenbruch Th. 41. S. 326 fg. S. dagegen Vangerow a. a. O. S. 194 fg. Mühlenbruch Th. 43. S. 224 fg. L. 72. D. de adquir. hered. 29. 2. steht dem nicht entgegen. Vgl. noch Wieding S. 48. 54. 63.

## §. 516.

### 4) Sog. transmissio ex capite in integrum restitutionis.

War der Berufene in dem Falle, daß er gegen Versäumung des Erwerbes der Erbschaft Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangen konnte, so kann diese auch noch von seinen Erben innerhalb der Restitutionsfrist erwirkt werden[a]. — Aber auch wenn der Berufene selbst vom Erwerbe noch nicht ausgeschlossen, jedoch bis zu seinem

[a] L. 1. Cod. de restit. milit. 2. 50 (51). cf. L. 6. D. de in int. rest. 4. 1. L. 86. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 24. §. 2. D. de minor. 4. 4.

Tode daran durch einen Umstand gehindert war, der für ihn, wenn ihn deshalb jener Rechtsverlust betroffen hätte, einen genügenden Restitutionsgrund abgäbe, so können nunmehr seine Erben noch, gleichwie im ersten Falle, zur Erbschaft gelangen. So ist namentlich anerkannt, wenn der Berufene durch Abwesenheit in Staatsgeschäften anzutreten verhindert war[b], und wenn gewisse rechtliche Hindernisse die Antretung verzögert hatten[c].

Anm. Ueber die verschiedenen Ansichten, insbesondere über die Frage, inwiefern hier eine wahre Transmission, und inwiefern namentlich ex capite in integrum restitutionis, anzuerkennen, sodann inwiefern eine analoge Anwendung der ausdrücklich entschiedenen Fälle zulässig sei? vgl. vorzüglich Marezoll in Linde's Ztschr. II. S. 62 fg. Steppes a. a. O. S. 59 fg. [Vangerow a. a. O. (s. §. 515. Anm.) S. 179 fg.] Mühlenbruch Th. 43. S. 157..199. Sintenis §. 204. A. 4..8. Brinz Pand. S. 824. Windscheid §. 600. A. 11..20. S. auch Köppen Erbr. I. S. 373. 379 fg. 401 fg., in den dogm. Jahrb. V. S. 161 fg. Schletter's Jahrb. XII. S. 20. [Nr. 38. Göring (s. §. 512. A. 4.) S. 140..169. will nur dort eine „echte transm. ex cap. i. i. r." anerkennen, wo schon der Transmittent gegen die Versäumung des Erwerbs (oder allgemeiner: gegen das Nichterben, S. 143 fg.) hätte restituirt werden können; er tadelt die Zusammenstellung dieses Falles mit dem anderen, „unechten", wo (wie er glaubt) den Transmissaren anders als durch in int. rest. geholfen wurde, noch mehr aber die allzuweite Ausdehnung, die Manche dieser transmissio geben. — Vgl. ferner zu diesem §. auch Leist im Glück'schen Comm. Buch 37. 38. II. Th. S. 177 fg. Fr. Schröder über die sog. transmissio ex cap. in int. rest. in den dogm. Jahrb. XV. 10. Mit Göring stimmt vielfach (doch nicht auch in der §. 507. A. 1. berührten Frage) überein Alb. Krause Transm. ex cap. i. i. rest. Diss. 1880. Die Eintheilung: Restitution oder aber anderweitige Hülfe, decke sich mit der Unterscheidung: ob thatsächliche oder aber rechtliche Hindernisse der Erbschaftsantretung entgegenstanden. Auch er ist gegen analoge Ausdehnung der einschlägigen Entscheidungen. Hervorzuheben sind S. 5. 6. 40. 41. 69..75.]

## C. Gegenstand der Erwerbung. Anwachsungsrecht.

### §. 517.

Die Erbschaft wird erworben, so wie sie deferirt worden ist. Durch Annahme eines Theils erwirbt der Berufene das Ganze[1], wozu er berufen ist[a], und wer auf mehrere gesonderte Erbtheile eingesetzt ist, erwirbt durch Annahme des einen sofort alle Erbtheile[b].

So wird auch der auf einen Theil bedingt, auf einen andern unbedingt oder unter einer andern Bedingung Eingesetzte nach An-

[b] L. 86. pr. D. cit. cf. L. 30. pr. eod. [c] Cf. α) L. 3. §. 30..L. 4. D. de Sc. Silan. 29. 5. β) L. 4. §. 3. L. 5. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 84. D. de adquir. hered. 29. 2. γ) L. 12. D. de Carb. ed. 37. 10. δ) L. 6. §. 1. L. 42. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2.

[a] L. 1. 10. D. h. t. 29. 2. [b] L. 80. pr. §. 1. eod. cf. L. 2. eod. L. 20. Cod. de iure delib. 6. 30.

nahme des ursprünglich unbedingten oder zuerst durch Erfüllung der Bedingung unbedingt gewordenen Erbtheils durch Erfüllung der Bedingung des andern Erbtheils[2] von selbst zu beiden Theilen Erbe[c]. Daher fällt auch dem Institutus, der zugleich einem Miteingesetzten substituirt ist, der Erbtheil des letzten von selbst zu[d], wenn der Substitutionsfall eintritt, nachdem er als Institutus Erbe geworden[3], und der bedingt Instituirte und zugleich einem Andern Substituirte, nachdem er in letzter Eigenschaft Erbe geworden, erwirbt, wenn später die Bedingung seiner Institution in Erfüllung geht, von selbst mit Ausschließung anderer Miterben auch den Institutionserbtheil[e]. — Aber immer wird vorausgesetzt, daß die Delation der verschiedenen Erbtheile eingetreten sei[f], also der Eingesetzte die Erfüllung der Bedingung, d. i. im Fall der Substitution den Wegfall des Miteingesetzten erlebe[g], der bedingte Erbtheil fällt nicht auch den Erben des Eingesetzten aus diesem Grunde zu, wenn die Bedingung erst nach dessen Tode erfüllt wird[4].

Uebrigens kann, wer als eingesetzter Erbe einen ihm deferirten Erbtheil ausgeschlagen hat, wohl noch als Substitut eines Miteingesetzten Erbe werden[5], wenn der Substitutionsfall erst später eintritt[h], ausgenommen den Fall, wenn die Eingesetzten schlechthin einander wechselseitig substituirt sind[i].

Anm. [1] L. 10. D. h. t. Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur in assem pro herede gessisse. L. 1. eod. Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. Nach der letzten Stelle könnte man annehmen, die Antretung pro parte sei eine nichtige Handlung; die erste aber beweist, daß sie wirksam ist mit Beseitigung der Beschränkung [Seitenstück zu §. 494. A. 4!], vorausgesetzt, daß nicht ein Irrthum über den Erbtheil zum Grunde liegt. §. 507. A. 3.

[2] Die Erfüllung dieser Bedingung wird vorausgesetzt, in so fern (und nur in so fern) deficiente conditione zu diesem andern Erbtheil ein Anderer (als Substitut oder Miterbe) berufen sein würde; sonst ist durch den Erwerb des ersten Erbtheils sofort schon pendente conditione auch der des andern Erbtheils entschieden. L. 33. L. 60 (59). §. 6. D. de hered. instit. 28. 5. L. 52. §. 1. D. h. t. 29. 2. vgl. Fuchs im civ. Arch. XXXIX. 10.

[3] Mühlenbruch Th. 40. S. 322 fg. und mit ihm Sintenis §. 174. A. 14. 15. wollen dieses „von selbst" nicht zugeben, sondern erkennen in der Annahme des Institutionserbtheils nur eine stillschweigende anticipirte Annahme auch des Substitutions-

[c] L. 53. pr. L. 76. pr. D. h. t. [d] L. 35. pr. L. 76. pr. L. 81. eod. cf. L. 80. eod. L. 6. Cod. de impub. et al. subst. 6. 26. [e] L. 76. pr. cit. [f] L. 80. §. 1. in f. eod. [g] L. 81. eod. L. 23. 45. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. — L. 60 (59). §. 6. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 53. pr. D. h. t. 29. 2. [h] L. 1. §. 5. 6. D. si quis omissa causa test. 29. 4. cf. L. 76. §. 1. D. h. t. [i] L. 23. 41. §. 4. L. 45. §. 1. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

erbtheils („videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse" L. 81. cit.), die durch eine entgegenstehende Erklärung ausgeschlossen werde. Vgl. dagegen Schlayer im civ. Arch. LIII. S. 55 fg. 58 fg. Das Ausschlagen des Substitutionserbtheils von Seite des substituirten Institutus, gleichzeitig beim Erbantritt, wäre ja ohnehin wirkungslos vor Eintritt des Substitutionsfalles (§. 510).

4 Unbestreitbar ist dies, nach klarem Ausspruch der Quellen (not. g.), bezüglich der Substitutionsportion, und zwar auch bei der sog. substitutio reciproca aller Eingesetzten. In Ansehung eines anderswie bedingten Erbtheils beweist es L. 60 (59). §. 6. cit. Si ita scriptum fuerit: *Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto; Titius, si intra tertias Calendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto:* videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit. Nam duo heredes instituti sunt; sed Titius aut ex semisse aut ex besse; ita sextans utique erit in pendenti, et si conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio adcrescet. Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio extiterit, tamen (*Hal.* tum) ille sextans non Titii heredi sed Maevio adcrescet; nam cum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit: nec potest intelligi datus ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit. Dem scheint zu widersprechen L. 53. pr. D. h. t. Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, *posteaque* conditio extiterit: ea quoque pars ad heredem eius pertinet. Man nimmt hienach als Regel an, daß der bedingte Erbtheil auch den Erben des Erben noch von selbst zufalle; Puchta §. 504. not. r. s.; und findet darin wohl auch einen Transmissionsfall, wobei man sich abmüht, den Widerspruch mit L. 60 (59). §. 6. cit. zu lösen. Mühlenbruch Th. 43. S. 150 fg. Der Schwierigkeit und Inconsequenz entgeht man durch eine leichte Textverbesserung: *posteaquam* statt *posteaque*, womit sich auch Vangerow 6. Aufl. §. 498. S. 393. Brinz S. 828. Tewes II. S. 40. und wie es scheint auch Bering S. 504. A. 1. einverstanden erklären, während Böcking Pand. III. §. 94. A. 10. die Emendation abweist, auch Vangerow in d. 7. Aufl. S. 333. dieselbe eine „zwar einfache aber doch nicht wahrhaft genügende Aushülfe" nennt. Die Nothwendigkeit derselben bestreitet Fuchs a. a. O. [S. 241 fg.]; er bezieht L. 53. pr. cit. auf denselben Fall, der in L. 33. D. 28. 5. (A. 2.) vorkommt, wenn ein Erbe allein und ohne Substituten auf einen Theil bedingt, auf einen andern unbedingt eingesetzt ist, und findet mit Rücksicht auf die Inscription (Gai. ad leg. Jul. et Pap.) in der Stelle nur eine Verneinung der Caducität des bedingten Erbtheils. Diese Erklärung, der auch Köppen in den dogm. Jahrb. V. S. 172. A. 131. zustimmt, ist scharfsinnig, jedoch nach der Fassung der Stelle nicht befriedigend. Da in dem vorausgesetzten Fall die Erfüllung der Bedingung ganz irrelevant war, so würde Gaius, wenn er ihn vor Augen hatte, diese gewiß nicht in schleppendem Nachsatze besonders erwähnt, sondern gesagt haben *et pendente conditione decesserit;* denn er theilt hier nicht einen concreten Rechtsfall mit, sondern stellt einen theoretischen Satz auf. Mit der Lesart *posteaquam* und bezogen auf den Fall, wenn noch andere Erben miteingesetzt sind, ist dieser Satz bedeutend genug, sowohl nach seinem positiven als nach seinem negativen Inhalt, daß es nämlich nur darauf, aber darauf auch wesentlich ankomme, ob der Eingesetzte die Erfüllung der Bedingung erlebe, nachdem er den unbedingten Erbtheil erworben hatte; und zwar konnte der Satz auch sehr wohl in dem Commentar zur lex Jul. et Pap. Popp. seinen Platz finden, um nämlich die Caducität des Erbtheils zu verneinen, der zwar deferirt,

aber nicht speciell angetreten war. Uebrigens würde das Fragment in der Fassung gewinnen, wenn man lesen dürfte: *adierit, si decesserit, posteaquam* u. s. w. (ähnlich Mommsen Dig. I. p. 882 „*si . . adierit et decesserit posteaque*"). Dagegen bemerkt zwar Northoff in d. dogm. Jahrb. VI. S. 265., durch obige Emendation werde die Construction der L. 53. cit. eher verschlechtert als verbessert; aber indem er diese als wesentlich gleiche mit der in L. 60 (59). §. 6. cit. bezeichnet, übersieht er, daß hier der Schlußsatz mit „sed si" beginnt, L. 53. cit. aber mit „Qui", wozu das „et decesserit posteaque ... extiterit" nicht paßt. Er selbst glaubt den Widerspruch zu lösen, indem er L. 53. cit. von dem Falle versteht, wenn ein zweiter eingesetzter Erbe nach dem Tode des andern institutus, der zugleich jenem sub conditione substitutus war, weggefallen sei. [Vgl. jetzt Hofmann Kritische Studien im R. R. S. 62 fg.]

[5] Dieser Punkt ist jedoch sehr streitig. In der ersten Auflage dieses Lehrbuchs wurde er als richtig vorausgesetzt, arg. L. 76. §. 1. D. h. t. (Javolen). Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris *aditionem*, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere (omittere?) velim aut vindicare. Dagegen wurde von Leist in einem Programm (obs. ad fr. 76. §. 1. cit. Jenae 1853.) ausgeführt, daß diese Stelle nicht von dem Fall der erklärten Ablehnung des Institutionserbtheils, sondern von der bloßen Versäumung der Antretung desselben (nach älterem Recht der Cretio) zu verstehen und wahrscheinlich *aditionem* interpolirt sei für *cretionem*; cf. Gai. II. 165 sq. 174 sq. Darnach wurde denn in den folgenden Auflagen im Gegentheil allgemein gelehrt, daß durch Ausschlagen eines unbedingten Erbtheils der Eingesetzte auch vom Erwerbe eines bedingten Erbtheils nach später erfolgender Erfüllung der Bedingung ausgeschlossen werde: arg. L. 2. D. h. t. L. 20. §. 2. (L. 20. i. f.) Cod. 6. 30. L. 4. §. 1. D. 28. 6. Arndts im Rtslex. X. S. 663 (civ. Schr. II. S. 175). A. 54. Windscheid §. 602. A. 6., womit im Resultat, obwohl in der Erklärung der L. 76. cit. abweichend, auch Vangerow §. 451. A. 3. übereinstimmte. Allein dagegen hat Schlayer a. a. O. [S. 52 fg.] die L. 1. §. 5. 6. cit. (not. h.) angeführt, die in der That beweist, daß der Institutus, der als solcher abgelehnt hat, doch als Substitut noch antreten könne; vgl. Mühlenbruch Th. 43. S. 464. Uebrigens versteht auch Schlayer [S. 56 fg.] wie Leist, das „*omisit*" in L. 76. §. 1. cit. von bloßem Nichtantreten, aber mit Vangerow gegen Leist von „nicht-präjudizirlicher Unterlassung des Antretungsakts", und findet darin nur ausgesprochen, daß nur die Antretung der einen Portion als stillschweigende Antretung auch der andern gelte, zugleich jedoch anerkannt (gegen Vangerow), daß doch noch ausdrücklich, sogar nachträglich, die andere Portion ausgeschlagen werden könne, was, da jetzt zwei Erbtheile unbedingt deferirt wären (purae institutiones), nach L. 2. und 20. cit. gewiß zu verwerfen ist. Gegen Schlayer und Vangerow auch Mommsen ad L. 76. §. 1. cit. (Dig. I. p. 886.), indem er vorschlägt, vor *prima institutione* einzuschalten *perempta*. Gegen Schlayer durchaus Wendt im civ. Arch. LV. 12., der auch L. 1. §. 5. 6. cit. anders erklärt. [Pietak im civ. Arch. LIX. 1. S. 3 fg. Ubbelohde ebenda LXV. 12. S. 462 fg.]

## §. 518.

Der Erwerb desjenigen, der zu einem Theil Erbe geworden, erstreckt sich von selbst auch auf die Erbtheile, die durch Wegfall anderer mit ihm eingesetzter oder gesetzlich berufener Personen frei werden[a]; diese bilden einen Zuwachs zu dem bereits erworbenen Erbtheil, so wie sie, wenn jener Wegfall schon vorher entschieden war, den zu erwerbenden Erbtheil vergrößern (accrescunt; daher *ius accrescendi*)[1]. Damit aber ein Erbtheil als freigewordener gelten könne, wird vorausgesetzt, daß weder durch Transmission noch durch Substitution noch auch wegen Unwürdigkeit (§. 520.) ein Anderer in die Stelle des ursprünglich dazu Berufenen eintrete[2].

Der freigewordene Erbtheil fällt als Zuwachs ihrer Erbtheile den wirklich Erbenden oder deren Erben[b] zu, wie wenn der Erbtheil des Weggefallenen von Anfang an nicht vergeben gewesen wäre[2a], daher zunächst den mit jenem zu einem gemeinschaftlichen Erbtheil[3] eingesetzten[c] oder bei der gesetzlichen Erbfolge den mit ihm zu demselben Stamm oder derselben Linie gehörenden Erben[d], und denjenigen, deren Erbrecht gesetzlich auf ein bestimmtes höchstes Maß beschränkt ist, nur bis zu dessen Erreichung[e]; und zwar geschieht dies von selbst und unabweislich[f], was jedoch in dem Falle eine Ausnahme erleidet, wenn der Erbtheil durch Abstinenz[g] oder durch Restitution gegen den Erwerb[h] frei geworden ist[4].

Für testamentarische Erben ergibt sich das Anwachsungsrecht unabhängig von dem Willen des Erblassers aus dem Grundsatze des §. 470., ohne welchen der durch Wegfallen eines Miterben erledigte Erbtheil den gesetzlichen Erben deferirt werden könnte; daher findet es bei der Beerbung aus einem Soldatentestament [s. jedoch jetzt §. 487. A. 1.] nur statt[5], sofern es durch den Willen des Testators begründet ist[i].

Anm. [1] [Die umfangreiche ältere Literatur s. bei Hunger Erbrecht S. 497 fg.] Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben nach R. R. Tübingen 1829. Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testament. und gesetzl. Erbrechte und bei Legaten oder Fideicommissen. Tübingen 1835. Witte im Rtslex. I. S. 270 fg.

[a] L. 3. §. 9. L. 4. 5. D. de b. p. 37. 1. L. 9. D. de suis et legit. 38. 16. L. un. Cod. quando non petentium partes petentibus accrescunt. 6. 10. cf. L. 2. D. si pars hered. pet. 5. 4. [b] L. 9. cit. L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. [c] L. 60 (59). §. 3. L. 64 (63). 67 (66). D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 17. §. 1. eod. [d] L. 12. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 1. §. 12. D. de coniung. cum emanc. lib. 37. 8. L. 5. §. 2. D. si tab. test. 38. 6. cf. §. 479. [e] L. 6. pr. D. de bon. poss. 37. 1. cf. §. 481. 482. [f] L. 9. cit. L. 2. §. 8. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 31. 53. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. un. §. 10 a .. 10 e. (§. 10.) Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] L. 38. 55. D. de adquir. hered. 29. 2. [h] L. 61. D. eod. cf. §. 519. [i] L. 37. D. de test. mil. 29. 1. cf. L. 3. Cod. eod. 6. 21.

Mühlenbruch T. 43. S. 243 fg. Dworzak in Haimerl's Vjschr. VIII. 1. Vgl. Rudorff über die caducorum vindicatio, in der Zeitschr. für gesch. Rtsw. VI. 6. — Unger Erbr. §. 38. — Vgl. Fitting zur Lehre v. Anwachsungsrechte, im civ. Arch. LVII. 9. [Krieg Delation der Erbschaft im Falle einer Todtgeburt. 1876. drbr. Czyhlarz in der Jen. Litztg. 1877. Nr. 11 und Tewes in der Wiener Ztschr. IX. S. 135 fg. — Strohal Transmission pendente condicione. 1879. S. 90 fg., bei conjungirten Miterben S. 115 fg. Rivier §. 38. Hofmann Krit. Studien Nr. 3. 5.]

2 Manche behaupten, auch durch die successio graduum (§. 478.) werde das Anwachsungsrecht ausgeschlossen. So besonders Francke Beitr. Nr. 8. [S. 167 fg.] Mayer a. a. O. S. 266 fg. 284 fg. Witte a. a. O. S. 279 fg., auch Sintenis III. §. 163. A. 16. Brinz S. 808 fg. Windscheid §. 573. A. 5. — Siehe dagegen u. a. Baumeister S. 39 fg. Büchel Erörtr. II. 2. S. 82 fg. Vangerow §. 420. [S. 64 fg.] Mühlenbruch a. a. O. S. 270 fg. Schirmer Erbr. I. S. 264 fg. §. 15. A. 27..38. Eine eigene Mittelmeinung hat auch hier (vgl. oben §. 478. A. 2.) Tewes Erbr. I. S. 124..128. — Daß durch successio graduum das ius accrescendi ausgeschlossen werde, wird neuestens vertheidigt von Fitting a. a. O. S. 160 fg. Rud. Leonhard Versuch einer Entscheidung der Streitfrage über den Vorzug der succ. graduum vor dem Accrescenzrechte. 1874. (drbr. Regelsberger in d. krit. Vjschr. XVII. S. 265 fg.), Merkel d. L. v. der successio graduum unter Intestaterben, §. 7..18. (vgl. oben §. 478. A. 3.) [Kohler im civ. Arch. LIX. 4. S. 87 fg. Hofmann a. a. O. S. 86 fg.]

[2a U. E. erfolgt hier gar kein neuer Erwerb, sondern es stellt sich nachträglich heraus, daß von Anfang an mehr erworben war. Die sog. Accrescenz erklärt sich daraus, daß die partes nicht als absolute Größen und Beschränkungen, sondern als relative gemeint sind, d. h. als Proportionen, nach denen diese Berufenen sich in die Erbschaft theilen sollen. Sie sind alle zusammen zur Nachfolge in die rechtliche Herrschaft des Verstorbenen berufen; eine bloß theilweise Repräsentation desselben ist unmöglich. Hofmann a. a. O. bes. S. 65 fg.]

3 Also, wenn mehrere bezüglich eines Erbtheils re coniuncti oder re et verbis coniuncti sind (§. 494. A. 3.). Gegen die Meinung, daß auch von den bloß verbis coniuncti dasselbe gelte, sowie daß es von den bloß re coniuncti nicht gelte: s. Vangerow §. 496. [A. 2. 3.] Mühlenbruch Th. 43. S. 308 fg. Dworzak a. a. O. S. 42 fg. 72 fg. Windscheid §. 604. A. 2. 3. 4.

4 Vgl. a) L. 55. D. h. t. Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi sive suo sive extraneo defertur, ut aut totam agnoscat aut a tota recedat, et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant, se contentos esse eius portione, quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut eius actiones ei, qui convenitur, dentur. Jedoch L. 38. eod. Si... alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, hunc non posse recusare quominus tota onera hereditaria subeat. b) L. 61. eod. Si minor annis posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est, Divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur. — Schmidt (von Ilmenau) civ. Abh. I. S. 63 fg. „Von dem Anwachsen eines erworbenen und wieder aufgegebenen Erbtheils". Mühlenbruch Th. 42. S. 365 fg. Th. 43. S. 131 fg. Puchta de adcrescente

portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lipsiae 1842., in des Verf. kleinen civ. Schriften [Nr. 31.] S. 552..562. Brinz S. 827.

5 [Hofmann a. a. O. Nr. 5.] So auch in allen Fällen nach österreich. Recht: Unger §. 38. A. 2.

## D. Aufhebung des Erbschaftserwerbes.

### §. 519.

### 1) Durch den Willen des Erben.

Der Wille des Erben kann den Erwerb der Erbschaft wieder rückgängig machen 1) vermöge des *beneficium abstinendi* (§. 511.), 2) durch Nachsuchen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Antretung oder, wenn er Suus ist, gegen die Einmischung in die Erbschaft, die z. B. wegen Minderjährigkeit erlangt werden kann[a], oder wegen erlittenen Zwangs zur Antretung[b] (nicht leicht wegen bloßen Irrthums über den Bestand der Erbschaft[c], zumal da nach Justinianischem Recht der Erbe gegen die Gefahr wirklichen Verlustes bei Annahme der Erbschaft sich sicher stellen kann, §. 523.). Die Wirkung der ertheilten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist analog, wenn auch nicht durchweg gleich derjenigen der Enthaltung eines suus heres, wie rücksichtlich der Stellung des Restituirten selbst[d], so auch rücksichtlich der Möglichkeit des Eintritts nachfolgender Erben[e] und des Anwachsungsrechts für Miterben[f]. Hat ein Kind gegen den durch den Vater geschehenen Erwerb Restitution erhalten, so bleibt die Erbschaft dem Vater als ihm selbst erworbene[g].

Anm. Ueber die Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft vgl. überhaupt Mühlenbruch Th. 43. S. 116 fg. Betreffend die Frage, ob auch den Nacherben dadurch die Erbschaft zugänglich werde, ist große Meinungsverschiedenheit hervorgerufen durch L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit. Witte im Rtslex. I. S. 867 fg. Arndts das. IV. S. 28 fg. (civ. Schr. II. S. 25.) A. 167. Puchta §. 506. not. b. c. Mühlenbruch Th. 42. S. 377 fg. Th. 43. S. 131 fg. Schirmer I. S. 263. A. 26.

[a] §. 5. J. de hered. qual. 2. 19. L. 57. §. 1. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 1. Cod. si ut (minor) se (ab) hereditate abstineat. 2. 38 (39). [b] L. 21. §. 5. D. quod met. c. 4. 2. L. 85. D. de adquir. hered. 29. 2. [c] §. 6. J. l. c. cf. Gai. II. 163. [d] L. 7. §. 5. D. de minor. 4. 4. cf. L. 31. eod. L. 30. §. 10. 11. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [e] L. 6. §. 3. D. de bon. lib. 38. 2. L. 1. §. 10. L. 2. §. 10. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. L. 7. §. 10. D. de minor. 4. 4. cf. L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. [f] L. 61. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. §. 518. A. 4. [g] L. 8. §. 6. 6a. (6.) Cod. de bon. quae lib. 6. 61. cf. §. 508.]

## §. 520.

### 2) Ohne Willen des Erben. Ereption.

Ohne Willen des Erben kann der Erwerb rückgängig oder vereitelt werden:

1) durch Eintritt eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung beim Soldatentestament [s. jedoch §. 487. A. 1.], und zwar hier mit der Wirkung, daß nun von da an die Erbschaft auf einen andern übergeht[a] [es wird also hier die Wirkung des Erwerbs nicht eigentlich rückgängig, sondern beendigt];

2) durch Rescission des Testaments, kraft dessen die Erbschaft erworben war[b];

3) durch eines vorberufenen Erben Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Ablehnung der Erbschaft [Gegenstück zu §. 519. Z. 2.], kraft deren nun dieser die Erbschaft wieder an sich zieht[c] [s. ferner §. 511. a. E.];

4) durch **Entreißung** der Erbschaft wegen **Unwürdigkeit** des Erben [1] von Seiten eines dazu Berechtigten[d]. Aus verschiedenen Gründen nämlich, hauptsächlich wegen Verletzung der Achtung und Dankbarkeit gegen den Erblasser, können Erbschaften wie Vermächtnisse dem Berufenen als Unwürdigem entzogen werden, entweder durch den Fiscus oder durch bestimmte andere Personen [2]. Hat der Unwürdige die Erbschaft angetreten [3], so bleibt er zwar strenge genommen Erbe, und er kann auch nicht Aufhebung des Rechtsverlustes verlangen, der ihm durch Confusio verursacht worden ist, ausgenommen, wenn er aus entschuldbarem Irrthum angetreten hatte[e]: in der That aber wird er durch die Ereption des erbschaftlichen Vermögens verlustig[f]. Indessen ist das Recht der Entreißung nur durch die Berufung, nicht durch den Erwerb des Unwürdigen bedingt [4], damit es nicht von dessen Willkür abhänge[g]; daher kann dasselbe auch gegen einen andern geltend gemacht werden, wenn der Unwürdige die Erbschaft ausgeschlagen und jener darauf, ohne selbst zur Ereption berechtigt zu sein, als Nacherbe dieselbe angetreten oder als Miterbe vermöge des Anwachsungsrechts den Erbtheil an sich genommen hat[h].

[a] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. de test. mil. 29. 1. cf. §. 495. L. 19. §. 2. D. l. c. [b] L. 21. §. 2. D. de inoff. test. 5. 2. [c] L. 1. 2. Cod. si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem vel quid aliud adquirat. 2. 39 (40). L. 2. Cod. si ut se hered. 2. 38 (39). [d] Dig. de his quae ut indignis auferuntur. 34. 9. Cod. de his quibus ut indignis (hereditates) auferuntur et ad Sc. Silanianum. 6. 35. [e] L. 8. 17. 18. §. 1. D. h. t. 34. 9. L. 29. §. 1. 2. D. de iure fisci. 49. 14. [f] L. 18. D. h. t. 34. 9. [g] L. un. §. 12. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 26. (25. §. 1.) D. h. t. 34. 9. L. 9. §. 1. i. f. (§. 2.) eod. L. 8. Cod. h. t. [L. 29. §. 1. D. de iur. fisci. 49. 14.] cf. Nov. 1. cap. 1. §. 4. [h] L. 15. pr. D. de Sc. Silan. 29. 5.

Anm. [1] Heimbach im Rtslex. IV. S. 48..62. Keller Institut. S. 390..418. Vgl. Unger §. 5. A. 4. [Ob alle Fälle der folgenden Anm. heute noch gelten, ist zweifelhaft; s. Mandry §. 17. Note 17. a. E., bes. aber die in's Einzelne gehende Untersuchung von Fr. Zimmermann im Arch. f. prakt. Rechtsw. III. Folge. I. Bd., der das Exeptionsrecht des Fiscus für das heutige R. verwirft. — Ueber das österreich. R. s. Pfaff u. Hofmann Excurse II. S. 9 fg.]

[2] Wegen Unwürdigkeit verliert die Erbschaft:

1) Zum Vortheil des Fiscus:

a) wer den Tod des Erblassers durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet hat. L. 3. D. h. t. L. 10. Cod. h. t.

b) wer es unterläßt, die Untersuchung gegen den Mörder des Erblassers zu bewirken, ausgenommen wenn er minderjährig ist. L. 6. 7. Cod. h. t. L. 21. D. h. t. L. 15. D. de Sc. Silan. 29. 5.

c) wer beim Leben des Erblassers ohne dessen Zustimmung über die Erbschaft einen Vertrag geschlossen hat. L. 2. §. 3. D. h. t. L. 29. §. 2. L. 30. D. de donat. 39. 5. vgl. §. 470. A. 8.

d) wer die Rechtsfähigkeit des Testators, durch dessen Willen ihm etwas hinterlassen ist, mit Unrecht bestritten hat. L. 9. §. 1. i. f. (§. 2.) D. h. t.

e) wer den letzten Willen, wodurch er bedacht ist, als verfälscht, pflichtwidrig oder durch bonorum possessio contra tabulas angefochten, oder solche Anfechtung, ohne durch eine ihm obliegende Pflicht genöthigt zu sein, unterstützt hat. L. 2. pr. L. 5. §. 1. 3..19. L. 7. 15. 22. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de b. p. c. t. 37. 4. L. 29. §. 1. D. de iure fisci. 49. 14. L. 6. Cod. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.

f) wer den Erblasser böswillig an der Errichtung oder Aenderung eines letzten Willens gehindert hat und nun als Intestaterbe oder vermöge des unveränderten letzten Willens etwas erhält. L. 19. D. h. t. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. 29. 6. Cod. 6. 34. vgl. §. 491. A. 2.

g) wer sich gegen den Erblasser anheischig gemacht hat, das ihm Hinterlassene ganz oder zum Theil oder auch statt dessen etwas anderes an eine unfähige Person herauszugeben (fideicommissum tacitum); er verliert hier, was er restituiren sollte; jedoch ausgenommen das in der väterlichen Gewalt des Erblassers gestandene Kind. L. 10. 11. 18. 23. D. h. t. L. 17. §. 2. D. de usur. 22. 1. L. 3. §. 4. D. de iure fisci. 49. 14.

h) wer mit dem Erblasser wissentlich, nicht in der Minderjährigkeit, in verbotener Geschlechtsverbindung gelebt hat. L. 2. §. 1. L. 13. 14. D. h. t. L. 4. Cod. de incest. nupt. 5. 5. cf. L. 41. §. 1. D. de testam. mil. 29. 1.

i) der eingesetzte Erbe, hinsichtlich dessen der Testator, ohne das Testament oder die Erbeinsetzung wirklich aufzuheben, seinen Willen kund gegeben, daß er ihn nicht zum Erben haben wolle, z. B. auch durch Ausstreichen seines Namens oder durch Errichtung eines andern ungültigen Testaments, worin er denselben nicht eingesetzt hat. L. 12. 16. §. 2. D. h. t. L. 4. Cod. eod. [s. aber Windscheid §. 673. A. 1.]

k) derjenige, der vom Testator als sein Kind eingesetzt worden, nach dessen Tode aber für untergeschoben erkannt wird. L. 46. pr. D. de iure fisci. 49. 14. vgl. §. 491. A. 1.

l) der Pupillarsubstitut, welcher nach dem Tode des Kindes die Mutter mit Unrecht der Unterschiebung desselben anklagt, um als nächster Verwandter dessen Vater ab intestato zu beerben. L. 16. pr. D. h. t. — Das R. R. enthält zudem noch einen

jetzt unpraktischen Fall nach dem Sc. Silanianum. L. 5. §. 2. L. 8. §. 1. L. 27. D. de Sc. Silan. 29. 5. L. 3. Cod. h. t.

2) zum Vortheil anderer Personen:

a) wer eine Auflage des Erblassers ein Jahr lang, nachdem er durch richterliche Verfügung zur Erfüllung aufgefordert ist, unerfüllt läßt; er verliert das ihm Hinterlassene (jedoch als Pflichttheilsberechtigter nur bis zum Pflichttheil) zunächst an den Substituten, dann der Reihenfolge nach an Miterben, Universalfideicommissare, Legatare, Intestaterben nach der Ordnung der Intestaterbfolge, nur mit Ausnahme der enterbten, überall vorausgesetzt, daß sie sich zur Erfüllung der Auflage anheischig machen; endlich an jeden Andern, der diese Bedingung erfüllt, und, wenn sich keiner findet, an den Fiscus. Nov. 1. cap. 1. 4. cf. cap. 2. §. 2. ibid.

b) wer die ihm vom Erblasser aufgetragene Erziehung eines unmündigen Kindes ablehnt: er verliert den ihm deßhalb überlassenen Erbtheil an die Miterben, wie ein Vermächtniß zum Vortheil des damit Beschwerten. L. 1. §. 3. D. ubi pup. ed. 27. 2.

c) wer, im Testament zum Vormund ernannt, sich excusirt; er verliert das ihm Hinterlassene an diejenigen, welche es ohne diese Anordnung haben würden, wofern nicht die Absicht des Testators, ihm dasselbe nichtsdestoweniger zuzuwenden, bewiesen wird: L. 5. §. 2. D. h. t. L. 28. §. 1. L. 32..36. pr. D. de excus. 27. 1. L. 25. §. 1. (L. 25. i. f.) Cod. de legat. 6. 37.; desgleichen

d) wer die ihm aufgetragene Besorgung des Begräbnisses des Erblassers unterläßt. L. 12. §. 4. D. de religios. 11. 7.

e) der Erbe, der sich der Pflege des wahn- oder blödsinnigen Erblassers auf ergangene Aufforderung nicht unterzogen hat, an dessen Statt der Verpfleger des Erblassers die Erbschaft oder den Erbtheil erlangt. Nov. 115. cap. 3. §. 12. vgl. §. 482. A. 5.

f) Kinder und Aeltern, welche ihre Aeltern oder Kinder, desgleichen sonstige Erben, welche wissend, daß sie dessen testamentarische oder gesetzliche Erben sein werden, den Erblasser in feindlicher Gefangenschaft gelassen haben, ohne ihn loszukaufen, falls sie wenigstens 18 Jahre alt waren, und der Erblasser in der feindlichen Gefangenschaft und Unfähigkeit, ihr liebloses Betragen selbst zu bestrafen, gestorben ist: die Erbschaft soll hier an die Kirche des Geburtsortes des Erblassers fallen und von dieser zum Loskauf anderer Gefangenen verwendet werden. Nov. 115. cap. 3. §. 13. cap. 4. §. 7.

g) wer die Erbittung einer Vormundschaft für den Erblasser pflichtwidrig versäumt hat: er verliert seine Erbansprüche zum Vortheil der sonst berufenen Erben. §. 446. not. d. §. 471. A. 2. Ebenso endlich

h) Geschwister, als Intestaterben, wenn sie dem Erblasser nach dem Leben getrachtet, denselben peinlich angeklagt oder böswillig ihm einen Vermögensverlust zu bereiten gesucht haben. Nov. 22. cap. 47. pr.

[3] Die Indignität schließt den Erwerb der Erbschaft nicht aus; dadurch unterscheidet sie sich von der Incapacität (§. 492. A. 2.). [Ferner kommt jene (niemals diese) auch bei der Intestat-Erbfolge vor; s. auch noch Windscheid §. 669. A. 2.]

[4] Vgl. Puchta §. 558. not. d. Brinz Pand. S. 863. Sintenis III. §. 205. A. 1. Köppen Erbr. I. S. 323. Windscheid §. 674. A. 7.

## IV. Rechtsverhältniß der Erben.

### §. 521.

### A. Im Allgemeinen.

Durch den Erwerb der Erbschaft geht die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse des Erblassers auf den Erben über, und zwar[a] auch dann, wenn er erst nach einer Zwischenzeit die Erbschaft angetreten, in gleichem Umfang, als ob er unmittelbar im Zeitpunkt des Todes des Erblassers in dessen Stelle getreten wäre, indem nach §. 465. durch die in der Zwischenzeit die Person des Erblassers darstellende Erbschaft der Uebergang auf den Erben vermittelt wird [1].

Der Erbe ist nunmehr und von jetzt an vollkommen Subjekt aller einzelnen in der Erbschaft begriffenen Vermögensverhältnisse (§. 464.), nicht anders, als ob sie mit demselben Inhalt auf andere Weise für ihn begründet wären, so daß also alle erbschaftlichen Verhältnisse von selbst Bestandtheile des Vermögens des Erben geworden sind [2]. Eine nothwendige Folge davon ist, daß die zuvor zwischen dem Erblasser oder der Erbschaft und dem Erben selbst bestandenen Schuldverhältnisse und ebenso die dinglichen Rechte, welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblassers oder diesem an Sachen des Erben zustanden, durch Confusion erloschen sind[b] [2a]. Nach dem Tode des Erben aber bildet das ganze Vermögen desselben mit Inbegriff der erworbenen Erbschaft wiederum nur Eine Erbschaft[c]. Aber die Repräsentation des Erblassers durch den Erben ist gleichwohl ein dauerndes Verhältniß [3], und so kann auch die Unterscheidung der Erbeseigenschaft in der Person des Erben von dessen sonstiger vermögensrechtlichen Persönlichkeit oder die Unterscheidung des Erbvermögens von dem andern Vermögen des Erben nachher noch in besonderen Beziehungen von Bedeutung sein[d].

Anm. [1] L. 54. D. de adquir. hered. Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Daher L. 138. pr. D. de R. J. Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. Man hat in dem ersten Satze eine von der Fiction der in der Erbschaft fortdauernden Persönlichkeit wesentlich verschiedene Fiction der Rückbeziehung des Erbschaftsantritts finden wollen, die sogar mit jener im Widerspruch stehe und als die früher

[a] L. 138. pr. L. 193. D. de R. J. L. 54. D. de adquir. hered. 29. 2. L. 28. §. 4. D. de stip. serv. 45. 3. cf. §. 465. [b] L. 2. §. 18. D. de hered. v. act. vend. 18. 4. L. 75. D. de solut. 46. 3. L. 21. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. — L. 18. D. de servit. 8. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I. cf. §. 194. not. c. d. §. 199. 200. 273. 389. not. c. [c] L. 10. §. 2. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. L. 7. §. 2. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 65. 70. D. de V. S. L. 194. D. de R. J. [d] L. 5. 21. §. 2. L. 71. pr. D. de fideiuss. 46. 1. L. 93. pr. §. 1. 3. D. de solut. 46. 3. L. 13. D. de duob. reis 45. 2. cf. §. 273. 357. — L. 34. §. 13. D. de legat. I. L. 1. §. 15. D. ad leg. Falc. 35. 2. Gai. III. 84.

aufgestellte durch jene später verdrängt worden sei (Jhering) oder doch neben derselben in gewissen Beziehungen sich geltend mache (Scheurl), vgl. §. 465. A. 1. Man hat den Satz verstanden, als sage er, nach Antretung der Erbschaft sei es so anzusehen, als ob der Erbe schon zur Todeszeit angetreten habe, also damals schon wirklich Erbe geworden sei, und hat darauf auch den Ausspruch der L. 193. D. de R. J. gedeutet: Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Allein dieser drückt wesentlich nur eine nothwendige Consequenz der nach §. 465. anerkannten Einheit des Erblassers, der Erbschaft und des Erben als solchen aus, oder ist vielmehr nur ein anderer Ausdruck der durch diese Einheit bewirkten Verknüpfung des Erben mit dem Erblasser, und zu keiner Zeit ist von den römischen Juristen eine Fiction früher geschehener Erbantretung oder die Rückbeziehung derselben in dem oben angedeuteten Sinne und mit den daraus consequent sich ergebenden Wirkungen anerkannt worden: arg. a) L. 9. §. 5. D. de pecul. 15. 1. L. 8. §. 1. D. de pecul. leg. 33. 8. L. 80. D. de legat. II. L. 40. D. de noxal. act. 9. 4. L. 44. §. 2. L. 65 (64). D. de furt. 47. 2. L. 1. §. 1. D. si is qui test. liber. 47. 4. b) L. 16. D. de O. et A. 44. 7. L. 15. pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2. L. 1. §. 6. D. de iniur. 47. 10. L. 16. 18. §. 2. L. 28. §. 4. D. de stip. serv. 45. 3. L. 27. §. 10. D. de pact. 2. 14. c) L. 20 (21). §. 1. D. de neg. gest. 3. 5. L. 11. §. 2. D. de acceptil. 46. 4. L. 77. D. de V. O. 45. 1. L. 9. D. de naut. foen. 22. 2. d) L. 1. §. 6. 7. D. de iniur. 47. 10. pr. J. de stip. serv. 3. 17. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. e) L. 1. §. 1. D. quod legat. 43. 3. L. 7. §. 18. D. de pact. 2. 14. L. 25. 36. D. de solut. 46. 3. L. 3. pr. §. 1. D. de peculio. 15. 1. — Gut nachgewiesen ist dies von Alb. Koeppen de vi, quam retro exerceat aditio hereditatis, commentatio. Jenae 1853. Vgl. dessen Schrift: die Erbschaft S. 123 fg. u. in d. dogm. Jahrb. V. S. 181 fg., damit aber Vering in d. Heidelb. Jahrb. 1857. [Nr. 45.] S. 689 fg. Unger Erbr. §. 6. A. 4. Anders Köppen in d. dogm. Jahrb. XI. S. 205..208. A. 155. a. E. [Ad. Oehler d. rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts. Diss. Halle 1881.]

2 Darin besteht die sogenannte *confusio bonorum*, über welche man übrigens nicht selten ziemlich confuse Ideen gehabt hat. Vgl. §. 465. A. 3. a. E. Unger §. 40.

2a [Die Endigung solcher Rechtsverhältnisse durch confusio in diesem Sinn (vgl. §. 194. 273.) ist eine Folge der confusio im anderen Sinn, s. vorige Anm.]

3 Es ist als besonders wunderlich getadelt worden, daß man die vermögensrechtliche Person des Erblassers selbst mit dem Antritte der Erbschaft nicht wolle sterben lassen. Windscheid in der krit. Ueberschau I. S. 194 fg. Aber wenn man jenen Ausdruck überhaupt gelten läßt (§. 464. A. 1.), so ist auch die Anerkennung jener Fortdauer oder, wie man auch schon gesagt hat, Unsterblichkeit eine Nothwendigkeit, oder man müßte den Begriff der Erbschaft, ja des Erbeseins mit dessen Verwirklichung als zerstört ansehen. Scheurl Beitr. I. S. 37 fg. Reuner die institutio ex re certa, S. 4. Wenn Unger §. 2. A. 8. a. E. diesen Satz beanstandet, so übersieht er den hypothetischen Vordersatz; wer, wie er jetzt, von der vermögensrechtlichen Persönlichkeit nichts wissen will, für den gilt auch der Nachsatz nicht. In der Sache sind wir übrigens einig; vgl. Unger §. 40. A. 2. 4. 5. 18. mit §. 2. A. 11. 14. Auch Windscheid a. a. O. S. 197. Pand. §. 605. A. 8. verkennt nicht, daß in dieser oder jener Beziehung die alte Zusammengehörigkeit der erbschaftlichen Rechtsverhältnisse sich noch fortwährend geltend machen könne. [Vgl. noch Birkmeyer Vermögen S. 66 fg. 79 fg.]

## B. Verhältniß zu den Gläubigern.

### §. 522.

### 1) Regel.

Vermöge der allgemeinen Repräsentation des Erblassers haftet der Erbe, ausgenommen wenn er Soldat ist[a], nun auch den Gläubigern desselben nach dem ganzen Betrage ihrer Forderungen; er ist Schuldner derselben, wie es der Erblasser war [s. jedoch §. 104. Z. 2.], also nicht blos, soweit die Erbschaft zu deren Befriedigung ausreicht[b]. Mit den Erbschaftsgläubigern können nun aber auch andere Gläubiger des Erben ebensowohl das durch die Erbschaft als das anderweitig ihrem Schuldner zugekommene Vermögen zum Zwecke ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen.

[Anm. Birkmeyer S. 255 fg. 278. führt die Haftung des Erben für die Schulden, da er letztere nicht zum Vermögen rechnet, nicht auf die allgemeine Repräsentation des Erblassers, sondern auf eine positive Vorschrift der XII Tafeln zurück.]

### 2) Modifikationen der Regel *.

### §. 523.

#### a) Durch Inventarserrichtung[a].

Gegen den Nachtheil zu befürchtender Ueberschuldung der Erbschaft kann sich der Erbe dadurch sicher stellen, daß er, ohne Erbittung einer Ueberlegungsfrist antretend[1], die Errichtung eines genauen Vermögensverzeichnisses der Erbschaft in gesetzlich bestimmter Form und Zeit bewirkt[2], während dessen er von Seiten der Gläubiger und Vermächtnißnehmer weder durch Forderungs- noch durch Pfandklagen, deren Verjährung so lange stille steht, behelligt werden soll[b] [3]. Dies ist das von Justinian eingeführte sog. *beneficium inventarii*.

Es beschränkt die Haftung des Erben auf den Vermögensstand der Erbschaft, so wie dieser abgesehen von den rechtlichen Folgen der Erbantretung, namentlich von der dadurch bewirkten Confusio, und nach Abzug der Kosten der Inventarserrichtung wie anderer nothwendiger Auslagen sich darstellt[c]. Der Erbe kann Gläubiger und Vermächtnißnehmer bezahlen, so wie sie sich melden, auch Sachen der Erbschaft zu dem Zweck verkaufen, oder an Zahlungsstatt hingeben; und wenn so

[a] L. 22. pr. §. 15. Cod. de iure delib. 6. 30. [b] L. 8. pr. D. de adquir. hered. 29. 2. cf. L. 10. Cod. de iure delib. 6. 30. L. 36. D. de bon. lib. 38. 2. §. 464. N. 4.

[a] L. 22. Cod. de iure delib. 6. 30. §. 6. J. de hered. qual. 2. 19. cf. Nov. 1. cap. 2. [b] L. 22. §. 11. Cod. l. c. [c] L. 22. §. 9. Cod. l. c.

die Erbmasse erschöpft ist, so können die nichtbefriedigten Erbschaftsgläubiger nur die bezahlten Vermächtnißnehmer, nichtbefriedigte Pfandgläubiger insbesondere auch die ihnen nachstehenden Gläubiger, welche aus dem Verkaufe des Pfandes bezahlt sind oder dieses selbst an Zahlungsstatt bekommen haben, in Anspruch nehmen, nicht aber den Erben, noch diejenigen, an welche er Pfänder verkauft hat[d] [4].

Doch kann der Erbe zum Eide darüber, daß er redlich inventarisirt habe (Manifestationseid), angehalten werden, und wird das Unterschlagene oder Verheimlichte zu doppeltem Werthe in Anschlag gebracht[e].

Anm. * [Vgl. F. Hofmann in d. Wien. Ztschr. VIII. 11. S. 555 fg.]

[1] Die Erklärung, cum beneficio inventarii anzutreten, ist nach L. 22. §. 2. 12. cit. nicht nothwendig, und hilft nicht, wenn die Inventur nicht in gehöriger Weise erfolgt. Die Erbittung einer Deliberationsfrist aber schließt das *beneficium inventarii* aus, obgleich auch dann der Erbe ein Inventar errichten muß, um den Nachtheil zu vermeiden, daß die Interessenten zum Schätzungseide zugelassen werden, und den Vermächtnißnehmern die quarta Falcidia nicht abgezogen werden darf. L. 22. §. 12..14 d. (12..14). Cod. l. c. vgl. §. 509.

[2] Die Vorschrift des Gesetzes ist a) rücksichtlich der Zeit: die Errichtung des Inventars soll binnen 30 Tagen nach Kenntniß der Delation begonnen, binnen weitern 60 Tagen vollendet werden; wenn aber der Erbe nicht an dem Orte, wo der größere Theil der Erbmasse sich befindet, anwesend ist, soll ihm eine Jahresfrist vom Todestage an vergönnt sein; b) rücksichtlich der Form: zur Errichtung des Inventars ist ein Notar beizuziehen, und nöthigenfalls sachverständige Schätzer; der Erbe soll das Inventar unterschreiben, mit Angabe des ganzen Vermögensbetrages und mit der Erklärung, daß alles redlich verzeichnet sei; kann er nicht schreiben, so soll er unter Zuziehung von Zeugen mit dem venerabile signum crucis unterzeichnen und ein anderer Notar den Namen beisetzen. L. 22. §. 2..3. Cod. l. c. Nach Nov. 1. cap. 2. §. 1. sollen auch die am Orte anwesenden Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder deren Stellvertreter, und in deren Ermangelung drei am Orte ansässige Zeugen beigezogen werden. — Ueber die heutige Praxis, nach welcher alsbald nach dem Tode eine obrigkeitliche Versiegelung des Nachlasses einzutreten pflegt, bei der Inventarserrichtung aber obige Vorschriften nicht mehr genau beobachtet werden: vgl. Mühlenbruch a. a. O. Th. 41. S. 360 fg. Seuffert §. 572. a. E.: „Die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuständigen Gerichte erklärt, er trete die Erbschaft nur cum beneficio inventarii an; worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorgt". Ueberhaupt vgl. noch Unger Erbr. §. 42. Randa Erwerb der Erbsch. S. 104 fg. [Vgl. über das jetzige Reichsrecht Mandry Reichsges. §. 44. V. 2. Aufl. §. 57. V.]

[[3] Jedoch ist jetzt auch hier (s. §. 509. A. 4.) Concurs-Eröffnung nicht ausgeschlossen.]

[d] L. 22. §. 4..8. l. c. [e] L. 22. §. 10. l. c.

[4 Namentlich die zuletzt erwähnte Vorschrift Justinians steht mit elementaren Rechtswahrheiten in Widerspruch. Auch sonst ist die L. 22. cit. vielfach verfehlt; s. Hofmann a. a. O.]

## §. 524.

### b) Durch Gütertrennung [a].

Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer können, um den Nachtheil der Concurrenz mit andern Gläubigern des Erben zu vermeiden [1], die Scheidung der Erbschaft von anderem Vermögen des Erben begehren [b], welche darauf causa cognita durch richterliches Decret gewährt wird [c]; sie erlangen dadurch das Recht, vor andern Gläubigern des Erben aus dem Vermögen der Erbschaft Befriedigung zu suchen [2] verlieren aber das Recht [3], auch anderes Vermögen des Erben, wenngleich dieser nicht das beneficium inventarii erworben hat, noch in Anspruch zu nehmen [d].

Ausgeschlossen ist solche Gütertrennung 1) nach Ablauf von fünf Jahren seit der Erbantretung [e], 2) wenn sie wegen Vermischung mit den Gütern des Erben nicht mehr auszuführen ist [f], 3) bezüglich der von diesem in gutem Glauben veräußerten Gegenstände [g], 4) für diejenigen Gläubiger, welche bereits den Erben irgendwie als ihren Schuldner thatsächlich angenommen haben, qui heredem secuti sunt [h].

Den Gläubigern des Erben wird solche Gütertrennung regelmäßig [i] nicht gewährt [4].

Anm. 1 Zahlungsunfähigkeit des Erben oder eine besondere Gefährdung der Gläubiger wird dabei nicht vorausgesetzt. Seuffert's Arch. XV. 37. Oesterr. Gerichtsztg. 1863. Nr. 9. Schletter's Jahrb. V. S. 117. [Nr. 105.]

2 Unbegründet ist die Meinung, daß sie dieses Recht von selbst haben, wenn der Erbe cum beneficio inventarii angetreten hat. Mühlenbruch Th. 41. S. 378 fg. Ueberhaupt vgl. Unger §. 41.

3 Dies ist in den in nota d. citirten Stellen, namentlich in L. 5. cit. ganz klar und bestimmt ausgesprochen; zu widersprechen scheint aber L. 3. §. 2. eod., und so kommt Windscheid §. 607. A. 10., indem er beide als sich gegenseitig aufhebend ansieht, dazu, das Gegentheil zu behaupten. Allein in L. 3. §. 2. cit. billigt es Papinian nur zweifelnd („probari commodius est"), daß der separirende Gläubiger eventuell auch noch aus dem nach Befriedigung aller Gläubiger des Erben bleibenden Ueberschuß des eigenen Vermögens desselben Befriedigung suchen könne; entschieden behauptet er nur, daß dieses Recht den Gläubigern des Erben bezüglich des Ueberschusses des aktiven Erbvermögens zustehe („quod sine dubio admittendum est circa creditores

[a] Dig. de separationibus. 42. 6. Cod. de bonis auct. iud. poss. seu venumd. et de separationibus (bonorum). 7. 72. [b] L. 1. pr. §. 1. L. 6. pr. D. h. t. cf. L. 1. §. 16. eod. [c] L. 1. pr. §. 14. eod. L. 2. Cod. h. t. [d] L. 1. §. 1. 3. 17. L. 5. D. eod. cf. L. 4. §. 1. L. 6. pr. eod. [e] L. 1. §. 13. eod. [f] L. 1. §. 12. eod. [g] L. 2. eod. [h] L. 1. §. 10. 11. 15. 16. eod. cf. L. 7 eod. L. 2. Cod. h. t. [i] L. 1. §. 2. D. eod.

heredis, dimissis hereditariis"); in L. 5. cit. dagegen verwirft sein jüngerer Zeitgenosse Paulus das erste ganz entschieden und mit Begründung; es ist darnach unbedenklich diese Entscheidung als die von den Compilatoren gebilligte anzunehmen. [Vgl. Hofmann a. a. O. S. 574 fg.]

4 Nam licet alicui adiiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem (L. 1. §. 2. D. h. t.). Cf. a) §. 5. ibid.: an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem ipsorum adierit hereditatem ... quod non facile admissum est. b) §. 6. ibid. Sed si quis ... compulsus fuerit adire et restituere hereditatem, deinde non sit, cui restituat, ... quasi separatio quaedam praestetur. [Hofmann a. a. O. S. 571 fg.]

## §. 525.

## C. Verpflichtung durch letztwillige Verfügung des Erblassers.

Durch den Erwerb der Erbschaft wird der Erbe zugleich quasi ex contractu verpflichtet, die ihm vom Erblasser auferlegten Verfügungen zu erfüllen, soweit dadurch einem Andern ein Recht erworben wird[a]. Diese Verpflichtung erstreckt sich nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus[b], daher die Gläubiger der Erbschaft vor den Vermächtnißnehmern auf Befriedigung aus dieser Anspruch haben[c]. Der Erbe aber kann sich [seit Nov. 1] nur dann auf die Unzulänglichkeit der Erbschaft berufen, wenn er sie durch ein gehöriges Vermögensverzeichniß belegt[d].

Anm. Durchaus unbegründet ist die Meinung (Mühlenbruch §. 709. A. 5. Lewes II. S. 121 fg.), daß, wenn keine separatio bonorum erwirkt sei, auch des Erben eigene Gläubiger, gleich denen der Erbschaft, vor den Vermächtnißnehmern einen Vorzug haben. Vgl. Arndts im Rtslex. IV. S. 22 (civ. Schr. II. S. 23). [Fritz im civ. Archiv XII. S. 226 fg. „Das da S. 228 a. E. Gesagte ist durch das S. 229. vor not. 7. richtig Bemerkte so gut als zurückgenommen; denn von Dem, der es besser hat, kann man nicht sagen, es sei bei ihm ebenso." Meyerfeld Schenkungen S. 73. N. 35.]

## D. Rechtsverhältniß der Miterben.

## §. 526.

### 1) Theilung der Erbfolge.

Sind mehrere zusammen Erben geworden, so repräsentirt jeder einzelne den Erblasser nur pro parte, und treten also die angegebenen Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft (§. 521..524.) für jeden nur nach Verhältniß seines Erbtheils ein. Forderungen und Schulden der Erbschaft werden [nach einer schon in den 12 Tafeln enthaltenen

a §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. (§. 242). cf. L. 114. §. 14. D. de legat. I. L. 38. §. 4. D. de legat. III. §. 74. 132. 495. b L. 1. §. 17. 18. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. c L. 4. §. 1. L. 6. pr. D. de separat. 42. 6. L. 22. §. 5. in f. Cod. de iure delib. 6. 30. d Nov. 1. cap. 2. §. 1. 2.

Vorschrift] von selbst nach diesem Verhältniß unter den Miterben getheilt[a]; das Eigenthum aller einzelnen Erbschaftssachen theilt sich unter sie als Miteigenthümer[b]. So treten denn auch die Wirkungen der Confusio für jeden nur pro parte ein[c]. Jedoch kann die Untheilbarkeit eines Rechts darin eine Modification bewirken[d].

## §. 527.

### 2) Theilung der Erbmasse[a].

Unter Miterben besteht eine Gemeinschaft, vermöge deren jedem die Erbtheilungsklage[1], actio familiae erciscundae, zusteht[b]. Sie setzt Anerkennung des Miterbrechts voraus, welche daher der Nichtbesitzende nöthigenfalls zuvor durch Erbschaftsklage (§. 531.) zu bewirken hat, während sie bei Anstellung der Klage von Seiten des Besitzenden als Präjudicialpunkt vorerst zu entscheiden ist[c]. Sie geht als duplex actio[d] 1) auf Theilung der erbschaftlichen Vermögensgegenstände, soweit sie gemeinschaftlich sind[e], und nicht, wie bei Urkunden[f] oder Erbbegräbnissen der Fall sein kann, gemeinschaftlich bleiben sollen[g]; 2) auf Ausgleichung der aus der Gemeinschaft hervorgegangenen gegenseitigen Rechtsansprüche[h]. Auf Forderungen und Schulden der Erbschaft erstreckt sich die Klage eigentlich nicht[i]; aber es können gleichwohl einzelne Forderungen oder Schulden zum Zwecke der Ausgleichung einem Miterben allein überwiesen werden, wodurch dieser rücksichtlich der Antheile der übrigen Erben im ersten Fall das Recht eines Cessionars erhält, im andern Fall die Miterben von ihrem Schuldantheil zu befreien verpflichtet wird[k]. Die Klage betrifft die ganze Erbschaft[l] und kann regelmäßig nur einmal[m], jedoch wohl auch nur unter einigen von mehreren Erben angestellt werden[n]. Wegen mehrerer unter denselben Parteien gemeinschaftlicher Erbschaften[2] kann eine Erbtheilungsklage stattfinden[o]. [Das Recht, Theilung zu verlangen, verjährt nicht, s. §. 106.]

[a] L. 6. Cod. fam. erc. 3. 36. cf. L. 25. §. 1. 9. D. eod. 10. 2. L. 14. Cod. de rei vind. 3. 32. [b] L. 1. pr. L. 20. §. 4. D. l. c. [c] L. 50. D. de fideiuss. 46. 1. cf. L. 6. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. [d] Cf. α) L. 30. §. 1. D. de s. p. u. 8. 2. L. 27. D. de s. p. r. 8. 3. L. 8. §. 1. D. de serv. 8. 1. (§. 194. not. c.). β) L. 17. D. eod. L. 25. §. 9. 10. D. fam. erc. 10. 2. L. 2. 85. D. de V. O. 45. 1. (§. 204. 211. not. k.).

[a] Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Cod. 3. 36. cf. Cod. communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. 3. 38. [b] L. 1. 24. §. 1. D. h. t. cf. L. 25. §. 1. eod. [c] L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. L. 51. §. 1. D. h. t. 10. 2. cf. L. 36. 37. eod. [d] L. 2. §. 3. eod. [e] L. 4. pr. L. 9. et sqq. L. 25. §. 6..8. L. 28..31. L. 45. pr. L. 54. eod. cf. L. 25. §. 1. L. 32. eod. L. 10. 21. Cod. h. t. L. 4. §. 1. 2. D. h. t. cf. §. 320. not. e. h..n. [f] L. 4. §. ult. L. 5. 6. cf. L. 8. D. h. t. [g] L. 30. in f. eod. L. 4. Cod. de religios. 3. 44. [h] §. 3. 4. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. §. 4. J. de off. iud. 4. 17. L. 16. §. 4..6. L. 22. §. 4. L. 25. §. 10..18. L. 44. §. 3..8. D. h. t. cf. §. 320. not f. g. [i] L. 25. §. 1. D. h. t. L. 6. Cod. h. t. (§. 526.). [k] L. 2. §. 5. L. 3. D. h. t. 10. 2. [l] L. 25. §. 20. eod. [m] L. 20. §. 4. eod. [n] L. 2. §. 4. D. h. t. L. 17. Cod. h. t. [o] L. 25. §. 3..5. D. h. t.

Anm. [1] Vgl. Heimbach „Erbschaftstheilung" im Rtsler. III. S. 947..956. Zimmermann im civ. Arch. XXXIV. S. 192 fg. 323 fg. Brinz Pand. S. 710 bis 717. [2. Aufl. II. S. 677.] Unger Erbr. §. 44. [Voigt die XII Tafeln II. §. 127. Ueber die Herleitung des Wortes ercisci s. die bei Windscheid §. 608. A. 8. Citirten; dazu Voigt a. a. O. A. 2. 3.]

[2] L. 25. §. 4. D. h. t. (not. o). Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi *inter tres*, Pomponius scribit. Hiernach müßte der als Miterbe des Seius genannte Titius ein anderer sein, als der Erblasser der vorgenannten Titiana hereditas, und wäre anerkannt, daß unter zwei Parteien über zwei gemeinschaftliche Erbschaften auch dann, wenn bei der einen noch ein Dritter als Miterbe betheiligt ist, und mit diesem Dritten zusammen ein iudicium familiae erciscundae zulässig sei. Es ist kaum glaublich, daß Paulus (resp. Pomponius), wenn er eine so unpraktische Combination als möglich zulassen wollte, so ungeschickt in der Wahl der Namen gewesen sei, nicht mit Absicht die eine Erbschaft Titiana hereditas und den Dritten Titius genannt habe. Daher der Vorschlag, statt *inter tres* zu lesen *inter nos*. Aber die Verfasser der Basiliken (XLII. 3. cap. 25.) haben freilich schon *inter tres* gelesen, sind aber hier einmal gescheidter gewesen als Paulus, indem sie sagen (nach der Uebersetzung von Heimbach IV. p. 264.): „Si vero ego et tu *Petri* heredes simus et nos ambo et *Paulus* Philippi, inter tres unum familiae erciscundae iudicium moveri potest". In Betreff der Literatur über diese wesentlich processualische Frage vgl. Vangerow §. 514. Nr. 5. S. 876.

### 3) Collationsverbindlichkeit[a].

### §. 528.

Descendenten, welche zusammen einen Ascendenten beerben, es sei als Intestaterben[b] oder als Testamentserben[c], jedoch im letzten Falle nur, sofern sie ohne Testament gesetzliche Erben wären, sind einander verpflichtet, gewisse Vermögensgegenstände, welche ihnen schon vor dem Tode des Erblassers zugekommen und daher nicht Bestandtheile der Erbschaft sind, gleichwohl, als ob sie dazu gehörten, in die zu theilende Erbmasse einzuwerfen oder auf ihren Antheil sich anrechnen zu lassen. Dies ist Collation[1], wesentlich verschieden von dem Falle, wenn ein Miterbe dasjenige, was er dem Erblasser schuldete oder sonst von dessen Vermögen in Händen hat, an die gemeinschaftliche Erbmasse oder nach Verhältniß der Erbtheile an die einzelnen Miterben herausgibt[2].

Verpflichtet dazu, wie berechtigt sie zu fordern[3], sind alle und nur jene Descendenten[4], vorausgesetzt[d], daß sie Erben werden[5], und daß nicht der Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend, durch Berücksichtigung

[a] Dig. de collatione bonorum. 37. 6. de dotis collatione. 37. 7. Cod. de collationibus. 6. 20.
[b] L. 17. 18. Cod. h. t. [c] Nov. 18. cap. 6. cf. L. ult. Cod. comm. utr. iud. 3. 38. [d] L. 17. Cod. cit. cf. L. 1. pr. L. 3. pr. §. 5. D. h. t. 37. 6. L. 4. 5. Cod. h. t. L. 1. pr. L. 9. D. de dot. coll. 37. 7.

des Einzuwerfenden bei der Bestimmung der Erbtheile oder durch erschöpfende Vertheilung des Erbvermögens unter den Erben, die Collation ausgeschlossen hat[e]. Doch geht Recht und Pflicht zur Collation nicht nur, wenn einmal begründet, auf die Erben über[f], sondern auch auf diejenigen, welche kraft der an einen Descendenten geschehenen Delation die Erbschaft des Ascendenten erwerben[g]. Auch müssen Enkel und Urenkel, welche anstatt ihres vorverstorbenen Parens erben, dem miterbenden Descendenten conferiren[h], was jener als Miterbe zu conferiren gehabt hätte[6].

Anm. [1] [Die ältere Literatur s. bei Hunger S. 508 fg.] Pfizer über die Collation der Descendenten, Stuttgart 1807. (eine sehr weitläufige Schrift, deren Recension, in den Heidelb. Jahrb. 1808. S. 105..121., mit Recht lehrreicher genannt wird, als sie selbst). Francke civ. Abh. Nr. 4. Arndts „Einwerfung" im Rtslex. III. S. 809..848 (civ. Schr. II. Nr. 44. S. 234..278). Fein das Recht der Collation, Heidelb. 1842. (vgl. v. d. Pfordten in d. krit. Jahrb. VIII. S. 865 fg.) Fr. Zimmermann im civ. Arch. LI. 20. Keller Institut. S. 313..324. Pand. §. 538..540. Brinz Pand. S. 718..735. Vangerow §. 515..516. (7. Aufl. II. S. 376 fg.) Windscheid §. 609. 610. Unger Erbr. §. 45..47. Leist in d. Forts. von Glück, Serie der Bücher 37. 38. Th. 3. S. 201..494., vgl. Karlowa in der Jen. Litztg. 1876. Nr. 89. [Rivier §. 53. 54. Kohler Gesamm. Abh. I. Nr. 6. Die röm. rechtl. Grundlagen der Collat. S. 124..166.]

[2] Eine wahre Collation kommt im R. R. in folgenden Fällen vor:

a) Emancipirte mußten den *sui* heredes, mit welchen sie bei der bonorum possessio contra tabulas oder ex edicto unde liberi concurrirten, der Regel nach alles Vermögen conferiren, das sie vor dem Tode des Erblassers erworben hatten, sofern es, wenn sie in der Gewalt geblieben wären, ihnen nicht als eigenes Vermögen zustehen, vielmehr ebenso, wie gleiche Erwerbungen der sui heredes, zu der Erbschaft gehören würde. Darauf bezieht sich der tit. Dig. de collatione bonorum. 37. 6. Ueber das Princip dieser prätorischen Collation vgl. A. Schmidt in Bekker's Jahrb. IV. 2. — Der Gegenstand dieser Collation beschränkte sich aber im Justinianischen Recht auf das, was den Emancipirten vom Erblasser selbst zugekommen war (sog. bona profectitia) und auf den Gewinn aus dem Fruchtgenuß der sog. bona adventitia (§. 430. 432.), welches letzte jedoch streitig ist. Vgl. Vangerow S. 385 fg. [Leist S. 245 fg. 279. mit Windscheid §. 609. A. 9.] Vgl. L. 17. 21. Cod. h. t. 6. 20. Basil. XLI. 7. cap. 19. 36. Harmenopul. V. 8. §. 25. Nach der in der Praxis von jeher herrschenden Ansicht der meisten Rechtsgelehrten wird diese Collation der Emancipirten, namentlich in Folge der Nov. 115. 118., für völlig beseitigt gehalten. Vgl. Fein S. 138 fg. Vangerow S. 386 fg. Brinz S. 722 fg. Windscheid §. 609. A. 10. gegen Francke S. 224 fg. und Arndts S. 821 (S. 248) fg. Schmidt S. 121. [Leist S. 279 fg.]

b) Die Tochter oder Enkelin, welche als sua heres mit andern erbte, mußte diesen

[e] Nov. 18. cap. 6. cf. L. 39. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. [f] L. 1. §. 8. L. 3. pr. D. h. t. 37. 6 [g] cf. §. 512..516. L. 1. §. 14. L. 5. pr. in f. D. h. t. 37. 6. L. 6. D. si tab. test. 38. 6. [h] L. 19. Cod. h. t. cf. L. 2. pr. D. h. t. 37. 6.

die Dos conferiren, auf deren künftige Restitution sie Anspruch hatte. Dig. de dotis collat. 37. 7. Schmidt S. 118 fg. [Leist S. 228 fg.] Dies beschränkte sich aber nach Justinianischem Recht auf die dos profectitia, und fiel nun diese Collation mit der unter c. vorkommenden zusammen. Es wurde nämlich

c) durch eine Constitution von Leo, L. 17. Cod. h. t., allen Descendenten als Intestaterben die Collation der vom Erblasser bestellten Dos und Donatio ante nuptias auferlegt, wobei die Voraussetzung zu Grunde lag, daß der Ascendent durch deren Bestellung nicht eine Begünstigung des damit ausgestatteten Descendenten vor andern beabsichtigt habe. Aus diesem Gesichtspunkte ist denn die Collationspflicht der Descendenten von Justinian noch erweitert und näher bestimmt (L. 19. 20. Cod. h. t.), und zuletzt durch Nov. 18. cap. 6. auch bei testamentarischer Erbfolge anerkannt worden; und diese allein ist es, die als noch praktische im Text berücksichtigt ist. Die Bestimmungen über die ältern Collationsfälle (a. b.) finden darauf analoge Anwendung, soweit sie mit den Grundgedanken dieser neuen Collation verträglich sind. Windscheid §. 610. A. 1. [Leist S. 290 fg. 444 fg.] gegen Zimmermann a. a. O. S. 390.

3 Bei der Collation der Emancipirten und der ältern dotis collatio hatten nur diejenigen den Anspruch darauf, welche durch die Concurrenz des Collationspflichtigen in der Erbfolge beschränkt wurden; ([„ei confertur, cui aufertur“] L. 1. §. 4..7. L. 2. §. 6. 7. L. 3. §. 6. L. 7. 9. D. h. t. 37. 6. L. 1. pr. §. 13..17 (13..18). D. de coniung. cum em. lib. 37. 8. L. 1. §. 2..4. D. de dot. collat. 37. 7.) Diese Beschränkung ist bei der neuern Collation der Descendenten nicht statthaft; es haben darauf alle miterbenden Descendenten ein Recht, nach Verhältniß der Erbtheile, als ob das Conferendum noch zur Erbschaft gehörte. Arndts S. 835 (262) fg. Fein S. 277 fg. Keller Pand. §. 540. Dagegen freilich mit andern Vangerow S. 394. Brinz S. 726 fg., aber gegen diese wieder Windscheid §. 610. A. 6. [Leist S. 381 fg.] Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 419. Unger §. 45. A. 6.

4 Ob auch liberi naturales als Erben des Erzeugers? Dagegen Fein S. 266 fg. Vangerow S. 392. Windscheid §. 610. A. 2. [Leist S. 363.]

5 Ob auch als heredes ex re certa? Neuner die institutio ex re certa, S. 461 fg. [Leist S. 481.] gegen Fein S. 377 fg.

6 Streitig ist a) ob diese Collationspflicht der Enkel nach Nov. 118. noch bestehe? Auf Grund einer (nicht unanfechtbaren) historischen Erklärung der L. 19. Cod. h. t. stellt dies in Abrede Brinz S. 729 fg., gegen Basil. XLI. 7. cap. 34. und die gemeine Meinung. Vgl. Vangerow S. 393., auch Windscheid §. 610. A. 20., der jedoch mit Brinz der L. 19. cit. für das Recht nach Nov. 118. alle Bedeutung abspricht und nur arg. L. 2. D. h. t. noch eine solche Collationspflicht der in parentis locum succedirenden Enkel vertheidigt; b) ob diese Collationspflicht nur insoferne eintrete, als die Enkel Erben des Parens geworden oder doch sonst die Conferenda desselben auch ihnen zugekommen sind? Fein S. 352 fg. Vangerow und Windscheid a. a. O. Zimmermann a. a. O. S. 413 fg. (auch Brinz S. 728 fg. nach dem Recht des Codex) [Leist S. 394 fg. 485.]; dagegen Arndts S. 843 (271) fg. (Brinz S. 729 fg. nach Nov. 118.); vgl. Seuffert's Arch. X. 187. XI. 163. Unger §. 45. A. 10.); c) ob Enkel das, was sie selbst vom Erblasser erhalten, nur dann zu conferiren haben, wenn sie erst nach dem Tode ihres Parens es erhielten? Pfizer §. 86 fg. Sintenis III. §. 189. A. 20.; dagegen Arndts S. 844 (272 fg.) Fein S. 362 fg. Vangerow a. a. O. Windscheid A. 21. Zimmermann S. 416. [Leist S. 400 fg.]

## §. 529.

Gegenstand der Collation ist 1) die vom Erblasser einer Tochter oder Enkelin bestellte Dos, 2) die für einen Sohn oder Enkel von demselben bestellte *donatio propter nuptias*, der man nach heutigem Recht die der Frau im Ehevertrage verschriebene Widerlage (Gegenvermächtniß) gleichstellt [1], 3) nach einer beständigen und in sich wohlbegründeten Praxis auch dasjenige, was der Erblasser einem Kinde zur Begründung und Ausstattung eines gesonderten Haushalts oder Geschäfts gegeben hat, 4) Schenkungen des Erblassers an die Kinder, wenn entweder a) dieselben mit der Bestimmung gegeben worden, daß sie auf den Pflichttheil angerechnet werden, oder b) dabei sonst die Absicht erklärt worden ist, daß sie conferirt werden sollen, was aber auch bei andern Zuwendungen zu gewissem Zweck der Fall sein kann, oder c) ein anderer Descendent, der nicht auch einfache Schenkungen erhalten hat, eine Ausstattung nach 1 . . 3. conferiren muß, während der Beschenkte eine solche nicht zu conferiren hat [2]. — Andere Gegenstände [3] können zwar durch letztwillige Verfügung ebenfalls der Collation unterworfen werden; dies ist aber nach den allgemeinen Grundsätzen über letztwillige Auflagen zu beurtheilen.

Anm. [1] Vgl. jedoch Unger Erbr. §. 46. A. 4.

[2] Die Bestimmungen unter 1) und 2) beruhen auf L. 17. Cod. h. t. von Leo, die unter 4) auf L. 20. §. 3. (1.) cod. von Justinian. Das letzte Gesetz stellt übrigens (pr. §. 1. 2.) als Regel auf, daß, was auf den Pflichttheil einzurechnen sei, auch conferirt werden müsse, und erwähnt insbesondere noch als Collationsgegenstand den Geldwerth der einem Descendenten vom Erblasser erkauften Militia. Diese kommt aber heutzutage nicht mehr vor, und aus jener Regel ist nicht etwa, gegen die Natur der Sache, abzuleiten, daß auch die einem miterbenden Descendenten hinterlassenen Vermächtnisse conferirt werden müssen. Vgl. Fein S. 207 fg. 235 fg. Arndts S. 828. 837 (255. 265) fg.

[3] Die früher herrschende Lehre stellte als Regel auf, daß alle einem miterbenden Descendenten vom Erblasser gemachten Zuwendungen (sog. profectitia) zu conferiren seien, wovon dann nur mancherlei Ausnahmen gemacht wurden. Dies ist jetzt allgemein für unrichtig erkannt, vorzüglich nach Francke a. a. O. S. 219 fg.; vgl. Fein S. 250 fg. Diese, und mit ihnen Vangerow S. 396., verwerfen auch die Collation des sog. *subsidium paternum* (unter Nr. 3.), die aber von andern gleichwohl mit Rücksicht auf die constante, obwohl durch theoretisch unrichtige Gründe gestützte, Praxis noch anerkannt ist, z. B. Puchta §. 513. not. c. Sintenis §. 189. A. 24. Seuffert §. 588. Brinz S. 725: „Dafür spricht nicht blos der Umstand, daß derlei Gaben so gut wie die Dos eine Versorgung des Kindes enthalten, sondern auch der andere, daß in ihrer Collation ein Surrogat für die unpraktische Collation der Militia liegt. Ueberdieß kann man aus dem Schlußsatz der L. 17. Cod. h. t. die Vermuthung schöpfen, daß die Collation einer derartigen Ausstattung gleich bei der Einführung unseres heutigen

Collationsrechtes befohlen worden wäre, wenn nicht die damals noch geltende Collation der Emancipirten zum Theil sie ersetzt hätte". [Leist S. 406 fg.] Die neueste Praxis ist jedoch schwankend; Seuffert's Arch. III. 349. IV. 127. 136. VII. 206. VIII. 276. vgl. IX. 190. X. 67. XIV. 151. [Prakt. Arch. XII. S. 308. (Militärstellvertretungskosten?)] Unger §. 46. A. 5..7.

## §. 530.

Die nach §. 529. der Collation unterworfenen Gaben brauchen doch nur insofern zur Erbtheilung eingebracht zu werden, als der Empfänger dadurch zur Zeit noch eine Bereicherung hat, falls nicht durch sein Verschulden, d. i. durch Mangel der unter Miterben überhaupt zu prästirenden diligentia quam suis rebus, die Verminderung derselben verursacht ist [1]. Dagegen kommt andererseits auch der Zuwachs an gewonnenen Früchten und andere Accessionen in Rechnung. Zinsen aber und Ersatz für versäumte Früchte können erst von der Zeit an gefordert werden, da der Collationspflichtige in Verzug gesetzt worden ist [2].

Die Collation selbst kann entweder durch Herausgabe der Collationsgegenstände zum Zwecke der Theilung oder durch anderweitige Vergütung nach ihrem Werthe, namentlich dadurch bewirkt werden, daß der Collationspflichtige sich den Werth derselben zu Gunsten der Collationsberechtigten auf seinen Erbtheil anrechnet oder an diese den entsprechenden Antheil hinauszahlt, wobei der Werth zur Zeit der Erbtheilung entscheidet, sofern nicht Culpa oder Mora des Collationspflichtigen eingreift [3]. Indessen kann auch für das wirkliche Einbringen vorerst eine Caution von Seiten des Collationspflichtigen eintreten. Erst dadurch erlangen die Berechtigten ein Mittel, die wirkliche Collation zu erzwingen, welcher sich jener bis dahin noch entziehen kann, wenn er auf die Geltendmachung seines Erbrechts verzichtet [4]. [5]

Anm. [1] [Vgl. aber auch §. 528. A. 6. b.]. Bei der Collation der Emancipirten hafteten diese bis zum Tode des Erblassers nur für Dolus, von da an auch für Culpa (levis culpa, die jedoch nach §. 320. [not. h.] §. 527. auf sog. culpa in concreto zu beschränken). L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. D. de collat. 37. 6. Nach Analogie dessen behauptet Fein S. 313 fg., und nach ihm Sintenis §. 189. A. 31. und Seuffert 3. Aufl. §. 587. A. 7., gegen die bisher herrschende Meinung, daß bei der Collation der Descendenten der Collationspflichtige bis zur Erbantretung nur für dolus und lata culpa, von da an für culpa levis in concreto einstehe, und sie finden dies durch Nov. 97. cap. 6. bestätigt. Allein es ist a) ungegründet, bei der Collation der Emancipirten dem Dolus die lata culpa gleichzustellen, b) bedenklich, in diesem Punkt die Collation der Descendenten schlechthin nach deren Analogie zu beurtheilen, c) willkürliche Restriction, Nov. 97. cap. 6. blos auf den Fall einer lata culpa zu beziehen, und d) nicht angemessen, die strengere Haftung erst von Zeit der Erbantretung anzunehmen, da nach dieser der Erbe iam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

Vgl. übrigens noch Arndts S. 840. (268) fg. [Leist S. 470 fg.] — Eine neue Meinung stellt Zimmermann S. 399 fg. auf: der Collationspflichtige müsse unter allen Umständen den Werth des Empfangenen restituiren. Dagegen Windscheid §. 610. A. 24.

2 Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff dieses Punktes, ob *mora* ex re oder ex persona stattfinde? L. 5. §. 1. D. de dot. collat. 37. 7. Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat. Cf. L. 5. §. 1. D. de collat. bon. 37. 6. L. 2. §. 2. eod. vgl. Fein S. 96 fg. 321 fg. Arndts S. 841. [S. 269.] Windscheid A. 22. [Leist S. 476 fg.].

3 Ueber das Recht der Wahl zwischen der Naturalcollation und der Werthvergütung (fingirter Collation), welches zwar nicht durch L. 1. §. 11. 12. D. h. t. 37. 6. oder L. 5. Cod. h. t. 6. 20. bewiesen, wohl aber in der Billigkeit (arbitratus boni viri) begründet und durch Nov. 97. cap. 6. bestätigt ist, sodann über die Frage, nach welchem Zeitpunkte der Werth zu bestimmen sei, vgl. Fein S. 298 fg. Arndts S. 845 (273) fg. Brinz S. 735. Zimmermann S. 395 fg. Windscheid §. 610. A. 27..29. Unger §. 47. A. 2. 7. [Leist S. 465 fg.]

4 Die Emancipirten sollten nach dem Edict der Collation wegen Caution leisten, und zwar mit Bürgen, satisdatio, statt deren aber auch Pfandbestellung genügen konnte; nur durch vollständige Verwirklichung der Collation wurde die Caution überflüssig: aut enim re aut cautione facienda collatio est (sog. Real- und Cautionalcollation). L. 1. §. 9..13. D. h. t. 37. 6. Sie wurden dazu indirect gezwungen, dadurch, daß ihnen sonst zu Gunsten der Collationsberechtigten die Geltendmachung ihres Erbrechts entzogen wurde. L. 1. §. 10. 13. L. 2. §. 8. 9. L. 3. pr. D. l. c. Erst durch die Caution wurde ein klagbarer Anspruch auf die Collation begründet, dem sich der Cavent nicht mehr entziehen konnte. L. 5. §. 1..3. eod. cf. L. 3. §. 5. eod. Aehnlich verhielt es sich bei der alten dotis collatio. L. 1. §. 7. 8. D. de dot. collat. 37. 7. L. 5. Cod. h. t. 6. 20. Vgl. Fein S. 86 fg. 164 fg. Arndts a. a. O. S. 812 fg. 825. [238 fg. 251 fg.] Bei der neuern Collation der Descendenten ist nun in dieser Beziehung nichts anderes bestimmt, und so sind denn auch bei dieser noch dieselben Vorschriften anzuwenden. Fein S. 295 fg. Arndts S. 847 (275) fg. Brinz S. 732 fg. Die herrschende Meinung freilich geht dahin, daß durch die Antretung der Erbschaft sofort eine vollkommene klagbare Collationsverbindlichkeit entstehe. Sintenis §. 189. A. 4.

5 Eine streitige Frage ist noch insbesondere, welchen Einfluß das beneficium inventarii (§. 523.) auf die Collationsverbindlichkeit ausübe? Vgl. Puchta §. 512. not. c. Fein S. 335 fg. Arndts S. 848 (277).

## E. Rechtlicher Schutz des Erbverhältnisses.

### 1) Die ordentliche Erbrechtsklage.

### §. 531.

Um das Recht der Erbfolge gegen verletzende Eingriffe Anderer gerichtlich geltend zu machen, ist dem Erben eine dingliche Klage gegeben,

die Erbschaftsklage[1], *hereditatis petitio*[a], eine **Vindication** des Erbrechts[b], gerichtet auf Anerkennung des durch den Erwerb der Erbschaft begründeten Rechtsverhältnisses der Repräsentation des Verstorbenen in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse[2].

Sie **steht** zunächst dem Erben und dessen Erben **zu**, dem Civilerben als civilis, dem prätorischen als possessoria hereditatis petitio[c], sowohl dem Theilerben als sog. partiaria h. p.[d], wie dem Alleinerben als sog. h. p. totalis oder universalis[3]. Sie findet (als civilis, beziehungsweise als utilis actio) **gegen jeden** statt, welcher das Recht der Erbfolge durch Vorenthaltung eines Gegenstandes, der dem Erben als solchem gebührt, sei es auch nur eine einzelne Sache oder sonst ein Vermögensvortheil[4], thätlich verletzt[e], indem er entweder selbst als Erbe oder gleich einem Erben Anspruch darauf zu haben behauptet, oder ohne allen Rechtsgrund dessen sich anmaßte[5]; auch gegen denjenigen, welcher aus Anlaß des Besitzes einer Erbschaftssache ein Klagrecht oder sonst etwas hat, das dem Erben abzutreten sich gebührt[f], oder welcher eigenmächtig eine im Nachlaß befindliche Sache, wenn auch als vorgeblicher Eigenthümer[6], an sich genommen hat[g], selbst eine Sache, deren Detention nur dem Erben zu erhalten ein rechtliches Interesse vorliegt[h], insbesondere auch gegen den Schuldner der Erbschaft[7], welcher aus dem Grunde, weil er sich selbst ein Recht auf diese beilegt, die Zahlung der Schuld vorenthält[i]. Sie geht zudem gegen denjenigen[8], qui dolo malo possidere desiit[k] oder liti se obtulit[l]. Die **Theil**erbrechtsklage insbesondere geht nicht nur gegen jeden Dritten, sondern auch gegen die besitzenden Miterben, sofern sie des Klägers Erbrecht nicht anerkennen[9], jedoch, wenn der Miterbe nur zu seinem Theile besitzt, während außerdem ein Nichterbe im Besitze ist, allein gegen diesen letzten[m].

**Anm.** 1 Vgl. **Arndts** über das Wesen und den Umfang der hereditatis petitio, in den Beitr. I. S. 1..112. (civ. Schr. II. Nr. 47.), und „hereditatis petitio“, im Rtslex. V. S. 207..238. (civ. Schr. II. Nr. 45.). **Zimmermann** im civ. Arch. XXIX. 6. 15. **Francke** Exeg. dogm. Commentar über den Pandektentitel de Hereditatis Petitione. Göttingen 1864. [**Rivier** §. 50.] **Unger** Erbr. §. 50..53. [E. **Cohn**

[a] Dig. de hereditatis petitione. 5. 3. Cod. de petit. hered. 3. 31. [b] L. 8. D. h. t. L. 19. in f. D. de inoff. test. 5. 2. L. 3. D. expil. hered. 47. 19. cf. L. 4. Cod. qui adm. ad b. p. 6. 9. L. 2. Cod. unde legitimi. 6. 15. L. 2. Cod. de ed. succ. 6. 16. L. 5. i. f. L. 9. Cod. commun. de succ. 6. 59. L. 4. Cod. in quib. caus. cessat. l. t. p. 7. 34. L. 15. Cod. de postlim. 8. 50 (51). [c] Dig. de possessoria hereditatis petitione. 5. 5. [d] Dig. si pars hereditatis petatur. 5. 4. [e] L. 4. 9..16. D. h. t. 5. 3. L. 18. §. 2. eod. [f] L. 16. §. 4. 5. 7. L. 20. §. 17. L. 23..25. pr. eod. [g] arg. L. 3. Cod. quor. bon. 8. 2. cf. L. un. Theod. Cod. eod. 4. 21. [h] L. 19. pr. §. 2. D. h. t. [i] L. 13. §. 15. L. 14..16. pr. §. 3. eod. cf. L. 42. eod. [k] L. 13. §. 14. L. 25. §. 2. 8. eod. cf. L. 27. §. 3. D. de rei vind. 6. 1. L. 131. D. de R. J. [l] L. 13. §. 13. L. 45 D. h. t. cf. L. 25. 27. pr. D. de rei vind. 6. 1. §. 166. not. h. l. [m] L. 1. §. 1..4. D. si pars hered. 5. 4.

b. Voraussetzungen der hered. petit., die Verpflichtungen des Verklagten und dessen Gegenansprüche. Breslau 1883. Diss.]

[2] Gegen eine abweichende Ansicht von Fabricius im Rh. Mus. IV. S. 165 fg. vgl. Arndts Beitr. S. 1 [316] fg. Der hier ausgeführten und darnach fast allgemein als richtig angenommenen Ansicht ist freilich neuerdings wieder die scheinbar natürlichere entgegengestellt, daß die h. p. eine Vindication des Nachlasses als eines Ganzen, der sog. hereditas im objektiven Sinn, sei. H. Dernburg über das Verhältniß der h. p. zu den erbschaftlichen Singularklagen. 1852. S. 18. Diesem stimmt auch Francke a. a. O. S. 2. bei und führt noch zur Bestärkung an, daß, wenn die Formula besagte: „Si paret *hereditatem* d. q. a. A. Agerii esse, nisi eam .. restituerit", doch wohl klar sei, daß diese vindicirte und vom Beklagten zu restituirende hereditas nicht des Klägers subjektives Erbrecht, sondern objectiv den Nachlaß, welchen der Beklagte besitzt, bedeute. Aber daß die Formula so lautete, ist weder bewiesen noch wahrscheinlich (Keller Civilproc. §. 28.); dagegen spricht gerade L. 10. §. 1. D. h. t. Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte, ex qua heres est, und L. 18. §. 2. L. 19. D. eod. sprechen eher dagegen als dafür. Vgl. auch L. 1. §. 1. D. si pars her. pet. 5. 4. Unger System I. S. 537 fg. Erbr. §. 50. A. 2. Auf dasselbe kommt auch eigentlich Brinz S. 682. hinaus: „mit einem Worte, wer Erbe, oder: wessen die Erbschaft sei", darauf geht der Streit; er will nur nichts „von dem Erbrecht nach dem Erwerb der Erbschaft" wissen (§. 464. A. 2.), obwohl er selbst sofort S. 683. ungenirt von Einräumung, Beweis des Erbrechts spricht, das doch im Erbschaftsstreite unmöglich noch ein Recht, Erbe zu werden, bedeuten kann. Auch Windscheid §. 611. A. 3., der doch ein fortdauerndes Erbrecht zugibt (§. 605. A. 9 fg.), bestreitet unsere Auffassung, mit Bezugnahme auf Gai. IV. 17., wo die hereditas als Vindicationsgegenstand mit columna grex fundus u. s. w. auf gleiche Linie gestellt werde. Aber auch er kommt doch darauf hinaus, als den Kern der h. p. die Behauptung des Klägers, daß er Erbe sei, zu erkennen; und wenn er hinzusetzt: auch bei der rei vindicatio sei die Behauptung des Klägers, daß die Sache sein sei, nur ein anderer Ausdruck für die Behauptung, daß das Eigenthumsrecht der Sache sein sei, und doch sage Niemand, die rei vindicatio sei nicht rei, sondern dominii vindicatio, so ist dagegen zu bemerken: wir sagen auch nicht, die h. p. sei nicht hereditatis, sondern successionis vindicatio; wir sagen nur mit den Quellen (not. b.), sie sei wohlverstanden nichts anderes als Vindication des ius successionis (§. 464. A. 2.), und geben gern zu, daß ebenso die rei vindicatio eigentlich nichts anderes ist als dominii vindicatio (§. 126. A. 1 a.), und als solche wird sie auch in den Quellen oft charakterisirt. L. 16. §. 5. D. de pign. 20. 1. L. 8. §. 1. D. de lib. causa. 40. 12. L. 1. Cod. ubi in rem .. 3. 19. L. 15. §. 2. (L. 15. i. f.) Cod. de rei vind. 3. 32. L. 11. Cod. de usufr. 3. 33. L. 10. §. 1. Cod. de act. pig. 4. 24. L. 10. pr. Cod. arb. tut. 5. 51. Vat. fragm. §. 266. 315.

[3] Als *utilis* actio wird die Klage auch dem Universalfideicommissar, sodann dem Fiscus und Andern, welchen das erbschaftliche Vermögen als bona ereptitia oder vacantia zufällt, beigelegt. Dig. de fideicommissaria h. p. 5. 6. L. 20. §. 6. 7. D. h. t. 5. 3.

[4] Windscheid §. 614. [Text zu A. 1. 2.] sagt, entsprechend seiner Auffassung (A. 2.), es sei erforderlich, daß der Gegner „Erbschaft besitze", jedoch nicht die (ganze) Erbschaft, sondern „Viel oder Wenig aus derselben, aber als Erbschaft". Das erinnert

an die alte formelle vindicatio hereditatis (Gai. IV. 17.), wobei etwa ein erbschaftlicher Sklave als mit der festuca zu berührender Gegenstand vor Gericht gebracht wurde. Aber dieser stellte nur symbolisch den ganzen Nachlaß vor und es war gleichgültig, in wessen Besitz er war; und der Vindikant hatte zu sagen: „Aio *hereditatem* . . . meam esse"; und so auch lautete die intentio in der petitoria formula gegen denjenigen, der nur einen Sklaven (pro herede oder possessore A. 5.) besaß: „si paret *hereditatem* meam esse", was eben so viel war als „si paret me heredem esse", und das war wichtig; denn so ging die Klage nicht nur auf Herausgabe dieses einen Sklaven als einer erbschaftlichen Sache, sondern Alles dessen, was bis zum Urtheil der Beklagte von der Erbschaft in seine Hand bekam. — Uebrigens konnte nach altem Recht der Erbstreit auch durch in rem actio *per sponsionem* (Gai. IV. 93. 94.) zur Entscheidung gebracht werden, wobei nicht wesentlich vorausgesetzt wurde, daß der Beklagte etwas von der Erbschaft besitze, jedenfalls wenn dieser sich zu der sponsio praeiudicialis herbeiließ; ob und in welchen Fällen er dazu angehalten werden konnte, wissen wir nicht; die Justinianischen Compilatoren haben die Lehre von der h. petitio wie von der rei vindicatio nur nach den Erörterungen der classischen Juristen über die petitoria formula derselben dargestellt. Praktisch aber kann es unter Umständen sich sehr empfehlen, unter Parteien, von welchen keine etwas von der Erbschaft besitzt, einen Präjudicialproceß blos über das Erbrecht zuzulassen, z. B. wenn der ganze Nachlaß sich in den Händen eines Curator bonorum befindet und zwei Parteien über das Erbrecht streiten. Mühlenbruch Th. 48. S. 84 fg. Windscheid §. 611. A. 3. a. E. vgl. oben §. 97. A. 5.

[5] L. 9. 10. pr. D. h. t. Regulariter definiendum est: eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam . . licet minimam. — L. 11 . . 13. pr. eod. Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus, libro secundo de interdictis, putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro possessore vero possidet praedo, (L. 12.) qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, *quia possideo,* nec contendet se heredem vel per mendacium, (L. 13. pr.) nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur. Cf. §. 3. J. de interd. 4. 15. Darüber und insbesondere über den Anlaß der h. p. gegen den pro possessore possessor vgl. jetzt Leist in der Fortsetzung von Glück I. S. 234 fg. mit Arndts Beitr. S. 31 (civ. Schr. II. S. 333) fg. Windscheid §. 614. A. 4. — Die h. p. ist auch zugelassen gegen den Universalfideicommissar, L. 13. §. 5 . . 7. cf. L. 16. §. 7. eod.; gegen den Käufer der Erbschaft L. 13. §. 4. 8 . . 10. eod. (vgl. §. 540.) L. 20. §. 13. D. eod. Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment vel alios successores iustos vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione. Francke a. a. O. S. 132 . . 165. [243.] Unger A. 8 . . 12.

[6] Dies ist in der sonst verfehlten Abhandl. v. Fabricius S. 171 fg. mit Recht behauptet und von Arndts Beitr. S. 38 (civ. Schr. II. S. 337) fg. ausführlicher vertheidigt (vgl. Rtslex. V. S. 211., civ. Schr. II. S. 282.), auch als richtig anerkannt von Francke Recht der Notherben S. 100 fg. Vangerow §. 505. A. Nr. 3. [recte: 2.] Sintenis §. 190. A. 32. u. a. vgl. Seuffert's Arch. XVIII. 95. Dagegen aber Brinz S. 688 fg. Seuffert's Arch. XVIII. 94. [Leist in der Forts. II. S. 417 fg.]

und Windscheid §. 614. A. 5. [vgl. §. 615. A. 14.] mit Berufung auf L. 13. pr. L. 25. §. 3. 5. D. h. t., als ob das Vorgeben und selbst die Meinung, Eigenthümer zu sein, eine iusta causa *possessionis* adipiscendae sei, ein Rechtsgrund, sich eigenmächtig in den Besitz und so den Erben in die Lage zu versetzen, daß er als Vindikant das Eigenthum des Erblassers beweisen müßte. Darnach würde das Pandektenrecht noch an einem praktisch sehr fatalen Mangel leiden, in Folge dessen, daß die Römer nicht dazu fortgeschritten sind, der hereditas iacens auch Besitzrecht beizulegen, und wäre vollends unwahr, was Ihering [Grund des Besitzesschutzes. 2. Aufl. S. 85 fg.] ausführt, daß bezüglich der Nachlaßsachen die h. p. die Function der possessorischen Interdicte übe. Vgl. §. 465. A. 2. [Dagegen Ubbelohde in den dogm. Jahrb. XVII. S. 437. not. 2.] Was Sintenis, der sonst mit uns übereinstimmt, in dieser Beziehung gegen Ihering bemerkt (3. Aufl. III. S. 530.), ist mir so unverständlich als ihm, was Ihering sagt.

7 Vgl. Francke S. 184 fg. Unger A. 10.

8 Francke S. 174 fg. [Es haftet auch, wer „nur, wo er zuvor durch seine Widerrechtlichkeit dafür verantwortlich geworden, schuldvoller Weise jetzt nicht den Besitz hat". Arndts Rtslex. V. S. 213. (civ. Schr. II. S. 284.) Göschen III. 2. S. 412. A. M. Windscheid I. §. 193. A. 13. III. §. 612. A. 12.]

9 L. 1. §. 2. in f. D. h. t. 5. 4. Et si possessor et petitor possideat hereditatem, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur, aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit. Dagegen: L. 1. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. Quae quidem actio (familiae erciscundae) nihilominus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: *si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat.* — Ueber die verschiedenen möglichen Fälle s. Arndts im Rtslex. V. S. 213. (civ. Schr. II. S. 284) fg.

## §. 532.

Zur Begründung der Erbschaftsklage muß der Kläger im Fall der Bestreitung beweisen, daß der Erblasser gestorben und daß er zu dessen Erbschaft berufen sei. Dazu gehört 1), wenn er sein Recht auf testamentarische Erbfolge gründet, der Beweis der Erbeinsetzung und der Erfüllung der Bedingungen, von denen sie etwa abhängig gemacht ist. Der Beweis der Erbeinsetzung aber wird bei einem mündlichen Testament durch die Aussage der zur Errichtung erforderlichen Anzahl von Testamentszeugen geführt[a], bei dem schriftlichen oder in Schrift gebrachten mündlichen Testament durch Vorlage der Testamentsurkunde, deren Aechtheit durch Vernehmung der Zeugen, im Nothfall auch durch andere Beweismittel, namentlich durch Schriftvergleichung erwiesen werden kann[b]; ist die Urkunde verloren gegangen oder (ohne Wissen und Willen des

[a] arg. L. 31. §. 4. (L. 31. i. f.) Cod. de testam. 6. 23. L. 32. Cod. de fideicomm. 6. 42.
[b] Cf. L. 4..7. D. test. quemadm. aper. 29. 3.

Testators) zerstört worden, so kann auch deren Errichtung und Inhalt durch andere Beweismittel dargethan werden[c]. Der Beweis nicht von selbst ersichtlicher Mängel der Testamentserrichtung, sowie später eingetretener Ungültigkeit des Testaments, liegt als Gegenbeweis dem Beklagten ob[d]. Wenn dagegen 2) der Kläger ein gesetzliches Erbrecht geltend macht, so hat er das Verhältniß zu erweisen, kraft dessen er gesetzlicher Erbe zu sein behauptet, z. B. die Verwandtschaft, und kann vom Gegner den Beweis erwarten, daß er desungeachtet nicht Erbe sei, z. B. wegen Existenz eines Testaments oder anderer näherberechtigter Verwandten. Der Beweis des Erwerbs der Erbschaft ist überflüssig, es sei denn, daß die Antretung in einer bestimmten Form oder Zeit hätte geschehen müssen und dieses bestritten wird.

Der Theilerbe muß noch insbesondere seinen Erbtheil angeben und erweisen, wobei noch ein blos mögliches Anwachsungsrecht vorerst nicht in Betracht kommt[e]. Ist aber der Erbtheil noch ungewiß wegen möglicher Miterbschaft eines noch Ungeborenen, so wird einstweilen der Erbtheil als gewiß angenommen, welcher dem Kläger im Fall einer Drillingsgeburt zukommen würde[f], und wenn die Concurrenz von noch ungeborenen Kindern verschiedener Mütter zu erwarten steht, kann die Klage einstweilen auch auf einen ungewissen Erbtheil gerichtet werden[g].

Der Kläger muß außerdem, wenn es geläugnet wird, darthun, daß der Beklagte etwas zur Erbschaft Gehöriges pro herede oder pro possessore besitze, und was dieses sei, hat aber dabei den Vortheil, daß der vom Beklagten unrechtlich abgeläugnete Besitz ohneweiters auf ihn übertragen wird[h].

Anm. Ueber den Beweis des Erbrechts vgl. überhaupt Glück VII. 2. S. 493 fg. 503 fg. Arndts im Rechtslex. V. S. 217 (civ. Schr. II. S. 288) fg. Windscheid §. 615. Unger Erbr. §. 51. Seuffert's Arch. I. 95. 258. VIII. 156. IX. 314..316. XI. 256. XIII. 154. XIV. 148. 149. XV. 138. XVI. 128. 130. 254. XX. 78.

## §. 533.

Wird der Kläger für den (Allein- oder Theil-) Erben erkannt, so wird der Beklagte verurtheilt, alles, was er unmittelbar zur Erbschaft Gehöriges oder mittelbar aus derselben hat[i], jenem ganz oder zum Theil herauszugeben und für Verlust nach Umständen Ersatz zu leisten[k].

[c] arg. L. 2. 11. Cod. de testam. 6. 23. L. 10. §. 2. D. 29. 3. L. 1. §. 3. D. de his quae in test. del. 28. 4. cf. L. 1. §. 3. D. de b. p. s. t. 37. 11. [d] L. 11. Cod. de probat. 4. 19. cf. L. 22. D. eod. 22. 3. L. 5. Cod. de codicill. 6. 36. [e] L. 2. D. si pars hered. 5. 4. [f] L. 3..5. D. eod. [g] L. 1. §. 5. eod. [h] L. 80. D. de rei vind. 6. 1. cf. §. 166. not. f. g.

[i] L. 18. §. 2. L. 19. et sqq. D. h. t.

Grundsatz ist: Der Besitzer in gutem Glauben soll von dem Erbschaftsbesitze, den er als vermeintlicher Erbe sich beilegt, keinen bleibenden Vermögensvortheil dem Erben gegenüber behaupten, aber doch auch nicht einen positiven Schaden an seinem eigenen Vermögen dadurch erleiden: er soll daher dem Erben in so weit, aber auch nicht weiter, als er durch den Erbschaftsbesitz sich bereichert findet, zur Restitution verbindlich sein; der unredliche Besitzer aber soll dem Kläger nicht nur allen Gewinn herausgeben, sondern alles ersetzen, was dieser haben könnte, wenn ihm nicht durch den Beklagten das erbschaftliche Vermögen unredlicher Weise wäre vorenthalten worden[2]; wobei, sofern er nicht von Anfang an in bösem Glauben war, auf den Zeitpunkt der Erkenntniß seines Unrechts Rücksicht zu nehmen ist[b]. — Vom Beginn des Rechtsstreites an aber wird auch der redliche Besitzer im Ganzen in gleichem Maße wie der unredliche, jedoch nur dieser auch für zufälligen Schaden[3], den der Kläger in Folge der fortgesetzten unrechtlichen Vorenthaltung erbschaftlichen Gutes erlitten hat, verantwortlich[c]. Wegen des durch dolus oder lata culpa des Beklagten verursachten Verlustes wird dem Kläger der Schätzungseid gestattet[d].

Der Beklagte kann aber auch seinerseits verschiedene Gegenansprüche geltend machen, namentlich wegen Befriedigung von Erbschaftsgläubigern[e] und Vermächtnißnehmern[f], wegen Forderungen an die Erbschaft[g], wegen Verwendungen[h] und Uebernahme von Verbindlichkeiten zum Besten derselben[i], wobei ebenfalls nach obigem Grundsatz in Betracht kommt, ob er redlicher oder unredlicher Besitzer war, und im ersten Fall, ob der Grund der Gegenansprüche in die Zeit vor oder nach dem Beginn des Rechtstreites fällt[4]. Mit richterlicher Erlaubniß kann der Besitzer während des Streites nothwendige Veräußerungen[5] vornehmen[k].

Anm. [1] Dahin gehören namentlich: Sachen des Erblassers, nebst deren Erzeugnissen und anderm Zuwachs, L. 18. §. 2. L. 20. §. 3. L. 25. §. 20. L. 26..29. 32. D. h. t.; auch solche, deren Besitz oder auch nur Detention der Erblasser hatte, vgl. §. 531. not. g. h.; für die Erbschaft angeschaffte Sachen, L. 20. pr. §. 1. D. eod.;. was Schuldner gezahlt haben, L. 25. §. 18. L. 31. §. 5. cf. L. 20. §. 18. eod., oder der Beklagte selbst als Schuldner zu zahlen hat, L. 13. §. 15. L. 14..16. pr. §. 3. L. 20. §. 4. 5. eod.; in Bezug auf erbschaftliche Sachen erworbene Forde-

[b] L. 25. §. 2..6. D. eod. [c] L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. eod. L. 31. §. 3. eod. cf. L. 40. pr. eod. §. 113. A. 4. b. [d] L. 20. §. 21. L. 25. §. 8. 10. D. eod. [e] L. 31. pr. eod. cf. L. 5. pr. eod. L. 20. §. 18. eod. [f] L. 17. eod. cf. L. 2. §. 1..L. 4. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 4. §. 2. 3. D. si cui plus. 35. 3. [g] L. 31. §. 1. 2. D. h. t. cf. L. 14. §. 2. Cod. de compens. 4. 31. [h] L. 31. §. 3. L. 38. 39. D. h. t. cf. L. 37. 38. D. de rei vind. 6. 1. L. 6. §. 1. D. si pars hered. 5. 4. L. 36 §. 5. D. h. t. 5. 3. [i] L. 20. §. 20. L. 40. §. 3. eod. [k] L. 5. 53. D. eod.

rungen gegen Dritte, L. 16. §. 4. 5. L. 40. §. 2. eod.; der durch Veräußerung von Sachen gewonnene Preis, L. 20. §. 1. 2. 12..17. eod. Vgl. überhaupt Unger Erbr. §. 52. A. 1..3.

[2] Dieser Grundsatz ist in dem sogenannten *Sc.* ***Iuventianum*** anerkannt und durch dessen Auslegung vollständiger entwickelt. Vgl.:

a) L. 20. §. 6. D. h. t. 5. 3.... Optimum est, ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis: *Pridie Idus Martias Quintus Julius Balbus et Publius Juventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar, Traiani Parthici filius, Divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus (imperator) maximusque princeps proposuit quinto Nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt:* §. 6a. *Cum antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus causis servandum.* §. 6b. *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset si adversus eos iudicatum esset, pretia quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, et si eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere.* §. 6c. *Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent; eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.* §. 6d. *Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt.*

b) L. 22. in f. eod. Nam et in oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum, et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.*

c) L. 28. eod. Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.

d) L. 25. §. 11. eod. Consuluit Senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt (vel) perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt; nec, si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt, velut genus quoddam hoc esset permutationis. §. 12. Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis, Marcellus... putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attigit.... §. 18. Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

Ueber die Tendenz dieses Sc. im Allgemeinen vgl. Arndts Beitr. S. 62 (civ. Schr. II. S. 351.) fg., über die Consequenzen seines Princips im Einzelnen, dens. im Rtslex. S. 221 (civ. Schr. II. S. 293) fg., damit aber Unger §. 52. A. 4 fg. — Von selbst ergibt sich daraus, daß die *usucapio pro herede* nicht gegen die hereditatis petitio schützen könne. Vgl. §. 159. A. 3. c. Unger A. 2. — Eine neue hie-

hergehörige Schrift: Fr. Schröder das Commodum bei der Erbschaftsklage. Heidelb. 1876. [vrbr. Kohler in d. krit. Vjschr. XIX. S. 498 fg. — E. Joseph zur Tendenz des Sc. Juv. und der Kritik und Interpretation der L. 25. §. 17. de H. P. in den dogm. Jahrb. XVI. 5. Ruhstrat „üb. die Rechtsverhältnisse der Erbschaftsbesitzer" im civil. Arch. LXVII. Nr. 10. S. 366..439. Die Resultate sind zusammengefaßt S. 434..439.]

[3] Im Rtslex. V. S. 224. (vgl. civ. Schr. II. S. 295 fg.) war noch behauptet, diese Haftung für den Zufall trete schon von der Zeit der m. f. possessio ein; dagegen mit Recht Unger A. 8. vgl. Mommsen Beitr. III. S. 79. und oben §. 167. Strenger das österreich. und preuß. Recht: Unger System II. §. 128. A. 22. — Vom Beginn des Rechtsstreites an muß der Beklagte auch Zinsen von allen erbschaftlichen Geldern vergüten, es seien denn solche, die der Erblasser absichtlich zurückgelegt und der redliche Beklagte unbenutzt gelassen hatte. Savigny System VI. S. 150 bis 154. Der unredliche Beklagte aber haftet für Zinsen auch in Ansehung der vorhergehenden Zeit, jedoch streitig, ob auch in Betreff des in der Erbschaft vorgefundenen Geldes, das er nicht berührt hat? Unger A. 9., dagegen Arndts im Rtslex. V. S. 224. (civ. Schr. II. S. 296.) bei A. 102. 103. Windscheid §. 612. A. 25.

[4] Mit Recht bemerkt Unger A. 10., es sei wohl nicht richtig, was das Rtslex. S. 232. [civ. Schr. II. S. 304. bei] A. 147. sagt, daß für nothwendige Verwendung auch der unredliche Besitzer „schlechthin" Ersatz fordern könne; er kann es in so fern nicht, als das Resultat derselben zur Zeit der Restitution für den Kläger nicht mehr von Nutzen ist, z. B. wegen zufälligen Untergangs der Hauptsache; arg. L. 38. 39. D. h. t. L. 5. §. 5. (L. 6. §. 3.) D. de neg. gest. 3. 5.

[5] Ueber Veräußerungen während des Rechtsstreites (L. 5. pr. D. h. t.) vgl. den ausführlichen Commentar von Francke S. 18..62.

## §. 534.

Einzelklagen[1], durch welche der Erbe erbschaftliche Rechte geltend machen will, steht von Seiten des redlichen Besitzers und derjenigen, welchen dieser im Fall des Unterliegens regreßpflichtig ist, eine Einrede entgegen, in so fern derselbe dadurch unmittelbar oder mittelbar mehr zu leisten genöthigt werden möchte, als wozu er in Folge der Erbschaftsklage verurtheilt werden könnte[a]. Andere können als Schuldner oder Besitzer von Sachen der Erbschaft sogar zugleich von beiden um diese streitenden Parteien belangt werden; aber der Beklagte kann hier Sicherheit dagegen verlangen, daß er nicht wegen desselben Rechtsanspruchs doppelt zu leisten haben werde[b][2]. Andererseits sind Gläubiger der Erbschaft und Vermächtnißnehmer durch den Erbschaftsstreit nicht gehindert, ihre Forderungen gegen die eine oder andere Partei geltend zu machen[c]; Vermächtnißnehmer können jedoch die Auszahlung des

[a] L. 25. §. 17. D. h. t. 5. 3. cf. L. 13. §. 14. L. 25. §. 8. eod. L. 95. §. 9. D. de solut. 46. 3. — L. 1. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. L. 32. §. 10. D. de recept. 4. 8. L. 5. §. 2. D. h. t. 5. 3.
[b] L. 25. §. 17. L. 49. D. h. t. cf. L. 57. eod. [c] L. 4. §. 1. D. si cui plus. 35. 3. L. 12. pr. §. 1. Cod. h. t. 3. 31. cf. L. 35. D. de iure fisci. 49. 14.

Vermächtnisses nur erwirken, indem sie dem Belangten für den Fall, daß er im Erbschaftsstreite unterliege, Sicherheit leisten[4].

Anm. [1] Vgl. H. Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. 1852. Vangerow §. 508, mit Arndts im Rtslex. S. 228 fg. 235 (civ. Schr. II. S. 300 fg. 307) fg., Unger Erbr. §. 58., und über die exceptio: *quod praeiudicium hereditati non fiat* in dieser Anwendung insbesondere Francke a. a. O. S. 79 fg. vgl. mit S. 63. Daß der dritte Besitzer, dem der redliche Erbschaftsbesitzer regreßpflichtig ist, die rei vindicatio des Erben abweisen könne, ist anerkannt in L. 25. §. 17. D. h. t. Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur, quod praeiudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam (*quoniam? quia?*) victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, *nisi* emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Zwar vertheidigt noch Francke a. a. O. S. 302. die Lesart *licet* statt *nisi*, aber die letzte Lesart ist nicht nur die bestbeglaubigte, sondern auch durch die Basil. XLII. 1. cap. 25. §. 17. (Heimb. IV. p. 220.) bestätigt, wozu ein Scholion zudem den Grund dieser Entscheidung anführt („tunc enim bonae fidei possessor ex eventu reperitur conventus, in quibus locupletior factus non est“ Heimb.). Mommsen (Dig. I. p. 191.) bemerkt zu §. 17. „*comma* nisi . . habent *non videtur esse Ulpiani*“: mit welchem Recht? ist nicht zu ersehen; rührt das Comma von den Compilatoren her, so ist es vollends entscheidend. Vgl. Arndts im Rtslex. V. S. 228 fg. A. 128. (wo statt „in Früchten“ zu lesen ist „inzwischen“, (civ. Schr. II. S. 301.), Windscheid §. 186. A. 16. §. 612. A. 15 fg. Gegen den Satz des Lehrb. Bolze im civ. Arch. LVII. 13., der kühn emendirt: „nisi heres (oder petitor) r. a. b. f. p. habet.“ [Vgl. noch, insbesondere auch gegen Bolze, Joseph a. a. O. (§. 533. A. 2.), und neuestens Serafini nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano L. 25. §. 17. D. 5. 3. (1878.) und dazu Francke im civ. Arch. LXI. S. 299 . . 320. Leonhard in d. Wiener Ztschft. X. S. 13.]

[2] [Andere lehren, wohl mit Recht, daß er vor Entscheidung des Erbschaftstreites nicht zu zahlen brauche; nur wenn Gefahr im Verzuge ist, unterliege er der Forderung des redlichen possessor (Windscheid §. 616) und wohl auch des petitor (Vangerow §. 508. II. 2.)]

### 2) Provisorischer Schutz des Erbrechts.

## §. 535.

#### a) Wegen Wahrscheinlichkeit des Erbrechts.

Das römische Recht gibt demjenigen, welcher bonorum possessio erlangt hat, ein interdictum adipiscendae possessionis, um sich den wirklichen Besitz der [körperlichen] Nachlaßgegenstände zu verschaffen, gegen jeden possessor pro herede oder pro possessore, das *interdic-*

[4] L. 12. §. 1. (pr.) Cod. l. c. cf. L. 3. §. 6 . . 10. L. 4. 8. D. si cui plus. 35. 3. L. ult. D. de neg. gest. 3. 5.

*tum quorum bonorum*[a], über dessen Verhältniß zur hereditatis petitio die Ansichten sehr verschieden sind[1]. Die gemeinrechtliche Praxis aber gibt unter diesem Namen zu dem genannten Zweck ein blos provisorisches Rechtsmittel jedem, welcher sein Erbrecht vorerst nur bescheinigt, d. h. in einem summarischen Verfahren dem Richter wahrscheinlich macht[1a], wornach denn stets noch ein ordentlicher Rechtsstreit über das Erbrecht mittels der eigentlichen Erbschaftsklage stattfinden kann.

Demjenigen, welcher in einem äußerlich fehlerlosen Testamente zum Erben eingesetzt ist, gibt das römische Recht noch insbesondere die Möglichkeit richterlicher Einweisung in den Besitz der Sachen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes besessen hatte, *missio in possessionem* ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo[b], wirksam gegen jeden, der nicht aus besonderem Rechtsgrunde solche Sachen besitzt, so lange die Erbschaftsklage nicht durch Verjährung ausgeschlossen ist, und sofern nicht der Gegner sofort sein Erbrecht beweist. Jener erlangt dadurch den Vortheil nunmehr als Besitzer die Anstellung der Erbschaftsklage von Seiten seiner Gegner erwarten zu können[2].

Anm. [1] Vgl. vorzüglich Savigny in d. Ztschr. f. gesch. Rtsw. V. 1. VI. 3. (verm. Schriften II. 17.) Löhr im civ. Arch. XII. 6. Arndts Beitr. I. S. 88 fg. 108 fg. und im Rtslex. V. S. 615 fg. |(civ. Schr. II. S. 310 fg. 366 fg. 377 fg.) Leist bon. poss. I. S. 306..396. II. 2. S. 162..217. 257. 290 fg. und in der Forts. von Glück I. S. 293 fg. S. 356 fg. [S. 375 fg. II. S. 393 fg.] Seuffert's Arch. II. 77. III. 279. 280. VII. 71.

[1a] [„Da diese Proceßart der R.C.Pr.O. unbekannt ist, so muß im ordentl. Proceß durch Abkürzung der Proceßfristen die Schleunigkeit des Verfahrens angestrebt werden; (vgl. §. 204. der R.C.Pr.O.)" Baron §. 435. I.]

[2] In der heutigen Praxis hat dieses sog. remedium ex L. ult. Cod. de ed. Divi Hadr. toll. als provisorisches Rechtsmittel des Testamentserben wesentlich denselben Charakter, wie das interdictum quorum bonorum für andere Erben, und werden auch beide wohl durch den Ausdruck „gerichtlicher Einsatz" bezeichnet. Vgl. Leist b. p. II. S. 465 fg. [u. in der Forts. II. S. 393 fg.] Seuffert §. 583. Vangerow §. 510. Seuffert's Arch. II. 75. 76. III. 281..286. VI. 229. IX. 317. XII. 50. XIV. 103. Purgold im civ. Arch. LI. 3. — Anders nach österreich. Recht: Unger §. 50. A. 15.

[a] Dig. quorum bonorum. 43. 2. Cod. 8. 2. cf. §. 3. J. de interdictis. 4. 15. [b] L. 3. Cod. de ed. Divi Hadr. tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur. 6. 33.

### b) Bei sonst noch ungewissem Erbrecht.

### §. 536.

#### α) Missio in possessionem ventris nomine.

Ist der Erbe noch **ungeboren** [nasciturus, venter], so kann inzwischen die Schwangere (**auch** venter genannt) Einweisung in den Besitz der Erbgüter erlangen, welche ihrem Kinde, falls es lebend geboren wird, zukommen werden[a], mit dem Recht, bis zur Entbindung ihren Unterhalt aus der Erbschaft zu beziehen, schlechthin, wenn das Kind zu denjenigen gehört, die ex edicto unde liberi bonorum possessionem erlangen konnten[b], sonst nur im Nothfall, sofern es der Mutter an Unterhaltsmitteln gebricht[c], und auch im ersten Falle nur nach vorgängiger Prüfung (causae cognitio), wenn das Erbrecht des Kindes oder die Schwangerschaft selbst bestritten wird[d], oder diese nicht in gehöriger Zeit angezeigt ist[e]. Zur einstweiligen Verwaltung der Erbschaft und zur Fürsorge für den künftigen Erben wird ein Curator (ventris nomine) bestellt[f]. Der provisorische Besitz hört auf, sobald die Entbindung erfolgt oder die Nichtschwangerschaft gewiß ist[g]. Nur sofern sie betrüglich handelte, muß die Eingewiesene die bezogenen Alimente erstatten und für andern Nachtheil haften[h].

[Anm. Vgl. jetzt vorzüglich Leist in d. Forts. v. Glück IV. (1879.) S. 1..66.]

### §. 537.

#### β) Bonorum possessio ex Carboniano edicto.

Wird einem **Unmündigen** die Eigenschaft eines Kindes des Erblassers, von welcher sein Erbrecht abhängt, bestritten, so wird ihm auf Antrag der Vormünder *ex Carboniano edicto*[a] durch prätorisches Decret einstweilen bonorum possessio ertheilt, vorausgesetzt, daß der regelmäßig eintretende Aufschub des Rechtsstreits bis zur Mündigkeit demselben nicht unvortheilhaft ist[b], und daß nicht jetzt schon das fragliche Erbrecht als offenbar ungegründet erscheint[c]. Wird von Seiten des Kindes Realcaution geleistet, so erhalten dessen Vormünder zugleich die Verwaltung der Erbschaft[d]; sonst wird diese seinen solche Sicherheit leistenden Gegnern eingeräumt[e], oder ein besonderer Curator dafür be=

[a] Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore eius. 37. 9. [b] L. 1. pr. §. 15. L. 10. D. l. c. [c] L. 6. eod. [d] L. 1. §. 14. eod. [e] Cf. Dig. de inspiciendo ventre. 25. 4. [f] L. 1. §. 17..26. L. 5. D. h. t. 37. 9. [g] L. 1. §. 27. eod. [h] L. 1. §. 28. eod. cf. Dig. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. 25. 5. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. 25. 6.

[a] Dig. de Carboniano edicto. 37. 10. Cod. 6. 17. [b] L. 3. §. 5. D. l. c. [c] L. 3. §. 4. eod. [d] L. 15. eod. [e] L. 5. §. 2. eod.

stellt[f]. Der Besitz mit Sicherheitsleistung gewährt die Stellung des Beklagten in dem künftigen Erbschaftsstreite[g]. In jedem Fall aber gebührt dem Kinde der Unterhalt aus der Erbschaft, der auch, wenn es später im Rechtstreite unterliegt, nicht erstattet zu werden braucht[h]. Miterben des Unmündigen erhalten mit ihm den Besitz der Erbschaft[i].

[Anm. Leist in d. Forts. v. Glück IV. S. 67..139.]

## §. 538.

### γ) Bonorum possessio furiosi nomine.

Ist ein Wahnsinniger zur Erbschaft berufen, nicht als Suus (§. 511), und nicht unter Verhältnissen, wegen deren nach §. 506. 508. ein Anderer schlechthin für denselben die Erbschaft antreten kann, so kann (und soll auf seine Verantwortung) dessen Curator sich einstweilen für denselben bonorum possessio ertheilen lassen und dadurch die Verwaltung der Erbschaft erlangen, als wäre sie dem Wahnsinnigen wirklich erworben[a]. Kommt dieser alsdann zu Verstande, so kann er nun durch eigenen Willen die Erbschaft endgültig erwerben[b]. Wenn er aber dieselbe ablehnt oder im Wahnsinn verstirbt, so fällt die Erbschaft denjenigen zu, welche zur Zeit ohne ihn das nächste Recht zur Erbfolge haben[c], jedoch ohne Anspruch auf Ersatz des dem Wahnsinnigen in Ermangelung andern Vermögens aus jener gewährten Unterhalts[d]. Caution braucht der Curator jenen nicht zu leisten[e]. Vermächtnisse kann er auszahlen, aber gegen Caution wegen Rückerstattung für den Fall, daß sie durch Vereitelung des für den Wahnsinnigen gemachten vorläufigen Erwerbs hinfällig werden möchten[f]. Unterläßt es der Curator, die bonorum possessio zu erlangen, so kann der nächst dem Wahnsinnigen Berufene dieselbe erlangen gegen Caution wegen künftiger Herausgabe für den Fall, daß später Andern das Recht auf die Erbschaft zukäme[g].

Anm. [1] [Berchelmann Erwerb einer Erbschaft durch den Curator für einen wahnsinnigen Volljährigen. Prakt. Archiv. XIII. S. 91 ff.] Als berechtigt zur Erbschaft, wenn der Wahnsinnige in furore diem suum obierit vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, nennt die L. 7. (s. not. a.) in §. 8. ausdrücklich den Substituten, die Intestaterben, den Fiscus. Daraus hat man gefolgert, daß das Anwachsungsrecht der Miterben ausgeschlossen sei. Vangerow im civ. Arch. XXX. 1. Aber vgl. dagegen Fritz in Linde's Zeitschr. n. F. IV. 5. Löhr das. IV. 7. Köppen Erbr. I. S. 417..422. [Leist in d. Forts. III. S. 58.] Seuffert's Arch. VII. 69. —

[f] L. 5. §. 5. eod. [g] L. 6. §. 6. eod. [h] L. 5. §. 3. eod. [i] L. 5. pr. eod.

[a] L. 7. Cod. de cur. fur. 5. 70. (Justinian. a. 530.). cf. Dig. de bon. poss. furioso ... competente. 37. 3. [b] L. 7. §. 7. Cod. l. c. [c] L. 7. §. 8. Cod. l. c. [d] L. 51. pr. D. de her. pet. 5. 3. [e] L. 7. §. 8. i. f. Cod. cit. [f] L. 48. §. 1. D. de legat. II. [g] L. 1. D. h. t. 37. 3.

Nach österreich. Recht findet für Wahnsinnige ein definitiver Erwerb statt, „was gewiß nur zu billigen ist". Unger §. 86. A. 4.

2 Nach Analogie der bonorum possessio furiosi nomine wird häufig der Fall behandelt, wenn einem Abwesenden (Verschollenen) eine Erbschaft deferirt ist, indem man hier dem curator absentis eine interimistische bon. possessio ertheilt. [Cropp in] Heise und Cropp Abh. II. S. 168 fg. Sintenis [§. 160. A. 2.] §. 183. A. 13. Die Ansichten darüber sind aber sehr verschieden. Vgl. Kraut Vormundschaftsrecht II. S. 253 fg. Seuffert §. 566. A. 4a. 4d. und oben §. 26. A. 3., dazu Köppen Erbr. I. §. 15. S. 428 fg. Northoff im prakt. Arch. n. F. II. 1. — Seuffert's Arch. III. 185. 298. 346. VII. 69. 356. IX. 49. 254. 310. XI. 257. XV. 200.

## §. 539.

### δ) Bei bedingter Erbeinsetzung.

Der **bedingt** eingesetzte Erbe kann, ehe noch die Bedingung erfüllt ist, einstweilen schon bonorum possessio erlangen[a] und so denn provisorisch durch die dem bonorum possessor zustehenden Rechtsmittel sein Erbrecht geltend machen. Er muß aber wegen künftiger Herausgabe der Erbschaft Caution leisten, für den Fall nämlich, daß durch Nichterfüllung der Bedingung sein Erbrecht vereitelt wird[b].

Anm. Vgl. Arndts Beitr. I. S. 183 fg. und im Rtslex. III. S. 980 fg. (civ. Schr. II. S. 88 fg. 151 fg.). Leist bon. poss. II. 2. S. 304. [Leist in d. Forts. II. S. 118 fg.]

## §. 540.

### F. Veräußerung der Erbschaft.

Der Erbe kann die Erbschaft oder einen Erbtheil an einen Andern veräußern, z. B. durch Verkauf[a]. Demzufolge ist unter den Contrahenten dasselbe Resultat herzustellen, als wäre nicht der Verkäufer, sondern der Käufer Erbe, bezüglich der Lasten und Verbindlichkeiten wie bezüglich der Vortheile[b]. Aber der Verkäufer bleibt dennoch Erbe* und als solcher den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern persönlich verpflichtet[c], ausgenommen[d], wenn der Fiscus die Erbschaft veräußert[1]. Der Käufer kann übrigens die erbschaftlichen Klagen und ebenso auch unbedenklich die universelle Erbrechtsklage (§. 531.) und die Erbtheilungsklage (§. 527.), wie sie dem Veräußerer zuständen, als Cessionar anstellen[e].

[a] L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 6. 10. 12. in f. D. de b. p. s. t. 37. 11. L. 3. §. 13. D. de b. p. c. t. 37. 4. cf. L. 23. pr. §. 1. D. de hered. instit. 28. 5. [b] L. 12. D. de his qui satisd. cog. 2. 8. L. 8. D. de stip. praet. 46. 5.

[a] Dig. de hereditate vel actione vendita. 18. 4. Cod. 4. 39. [b] L. 2. pr. L. 3. et sqq. D. h. t. cf. §. 305. [c] L. 2. Cod. h. t. 4. 39. L. 2. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 2. Cod. de pact. 2. 3. [d] L. 1. Cod. h. t. L. 41. D. de iure fisci. 49. 14. [e] L. 16. pr. D. de pact. 2. 14. L. 5. Cod. h. t. cf. §. 254. A. 4.

Andererseits[f] ist gegen ihn von Seiten dritter Personen utilis hereditatis petitio möglich[2].

Anm. * [Die Veräußerung der Erbschaft ist principiell verschieden von der in §. 512. A. 1. erwähnten alten in iure cessio, welche eine Veräußerung des Rechtes, Erbe zu werden, war; vgl. überhaupt Rivier §. 37.]

[1] Vgl. Arndts im Rechtslex. IV. S. 24 (civ. Schr. II. S. 25) fg., und „über das Rechtsverhältniß desjenigen, welcher vom Fiscus eine Erbschaft erkauft hat" in Linde's Ztschr. XIX. 1. (civ. Schr. II. Nr. 49.) Unger Erbr. §. 49. — Streitig ist, ob der Käufer auch auf den später dem Verkäufer anwachsenden Erbtheil (§. 518.) Anspruch habe? Es ist quaestio facti, quid actum sit inter contrahentes. Vangerow §. 494. [Nr. 6. S. 815 fg.] Puchta §. 521. not. d. F. Mommsen Erörtr. aus dem Obligationenrecht I. S. 72..75. [Ueberhaupt: L. Avenarius d. Erbschaftskauf im R. R. 1877. drbr. Wendt in d. Jen. Litztg. 1877. Nr. 34.]

[2] Vgl. oben §. 531. A. 5. a. E. Daraus folgt jedoch nicht, daß der redliche Erbschaftskäufer nun in jeder Beziehung wie ein possessor pro herede restitutionspflichtig sei. Francke Comm. über d. Pand. Tit. d. h. p. S. 165..172.

---

## Zweites Capitel.

## Von den Vermächtnissen.

### I. Allgemeine Bestimmungen.

### §. 541.

### A. Begriff und Arten der Vermächtnisse.

Vermächtniß ist eine letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser einer Person mittelbar oder unmittelbar aus seinem Vermögen*, also auf Kosten der Erbschaft, einen Vermögensvortheil zuwendet. Auch der hinterlassene Vermögensvortheil selbst wird Vermächtniß genannt. Durch Vermächtniß können aber nicht blos bestimmte Vermögensgegenstände hinterlassen werden; es kann auch die Erbschaft selbst oder ein aliquoter Theil derselben Gegenstand des Vermächtnisses sein, indem dem Erben die Restitution der Erbschaft an einen andern auferlegt wird, wodurch denn dieser mittelbar die Stellung eines Erben erlangt. Das Vermächtniß heißt in diesem Falle Universalvermächtniß oder Universalfideicommiß (fideicommissum hereditatis); andere Vermächtnisse nennt man Singularvermächtnisse.

Anm. [* S. dagegen Pfaff u. Hofmann Commentar II. S. 391. N. 27.]

[1] Das ältere R. R. unterschied: 1) als zwei in Form und Wirkung verschiedene Hauptarten der Vermächtnisse, Legate und Fideicommisse; Legate, welche legis

[f] L. 13. §. 4. 8. 10. D. de her. pet. 5. 3. cf. L. 2. Cod. eod. 3. 31.

modo, i. e. imperative, nur dem Testamentserben auferlegt werden konnten; Fideicommisse, womit verbis precativis jeder, der vom Erblasser etwas erhielt, beschwert werden konnte; 2) unter den Legaten insbesondere, ebenfalls nach Form und Wirkung verschieden, ein legatum *per vindicationem*, wodurch direct ein dingliches Recht, und legatum *per damnationem*, wodurch zunächst nur eine Forderung gewährt wurde, nebst zwei Abarten beider, dem legatum *per praeceptionem* und *sinendi modo*. Vgl. Gai. II. 192..289. Ulp. XXIV. XXV. Pauli sentt. III. 6. IV. 1. Im Justinianischen Recht ist aber nicht nur dieser formelle Unterschied unter den Legaten, sondern auch der zwischen Legaten und Fideicommissen beseitigt, und aus den beiden eine Art von Vermächtnissen geworden, die nur nach ihrem Inhalt in Singular- und Universalvermächtnisse sich scheiden. Vgl. Inst. de legatis. 2. 20. de fideicommissariis hereditatibus. 2. 23. de singulis rebus per fideicommissum relictis. 2. 24.; Dig. de legatis et fideicommissis. I. II. III. (lib. 30..32.). Cod. de legatis. 6. 37. de fideicommissis. 6. 42. Communia de legatis et fideicommissis et de in rem missione tollenda. 6. 43. Insbesondere L. 2. Cod. h. t. 6. 43.: Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est. §. 1... et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intelligantur, et e contrario quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura (*valet natura?*) legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur, et sit omnibus perfectus eventus, (et) ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. §. 2. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat (eveniet), hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam. §. 3... Et si specialiter legati tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. (Justinian a. 531.) Darüber Marezoll z. d. Lehre von den Vermächtnissen, in Linde's Ztschr. IX. 4. 9.; vgl. Schirmer Erbr. I. §. 8. S. 106..124. Köppen Erbr. I. S. 74..96. — Ueberhaupt zu diesem Capitel: Roßhirt d. L. v. d. Vermächtnissen nach R. R. 2 Bde. 1835. Arndts „Legat" im Rtslex. VI. S. 279..344. (civ. Schr. II. 50. „von den Vermächtnissen" S. 418..485.). Mayer d. Lehre von den Legaten und Fideicommissen, aus den Quellen bearbeitet. Abth. 1. 1854. (vgl. kritische Ueberschau II. S. 165 fg.). Arndts Forts. von Glück. Th. 46..48., auch besonders ausgegeben „die Lehre von den Vermächtnissen". I. II. III. 1. 1868..1875. (über I. vgl. Brinz in d. krit. Vjschr. XIV. S. 105..111. [über II. Hartmann in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 24.]). [III. 2. 1878.] Unger Erbr. §. 54..76. — Zu §. 541. noch insbesondere: Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse im R. R. 1872. [Eine ganz andere Auffassung wird vertreten von den Herausgebern in ihren Excursen Bd. II. S. 316 fg.] Vgl. Schiffner der Vermächtnißbegriff nach österreich. Recht. 1878. (drbr. Schwanert in d. Jen. Litztg. 1874. Nr. 6. Randa in der Wiener Ztschr. II. S. 471 fg. [und unsere Excurse S. 330 fg.]) [Karlowa Rechtsgeschäft S. 277 fg.]

[2] [Es ist naheliegend, aber unrichtig, als Wirkung des Vermächtnisses stets eine Singular-Succession mortis causa zu denken; denn 1) vermittelt das Vermächtniß im röm. R. oft eine Universal-Succession (s. Text a. E.), ein Einwand, der freilich für die modernen Rechte (z. B. östr. Gb. §. 608 fg.) entfällt; 2) gibt es Vermächtnisse (z. B auf facere), welche gar keine Succession bewirken (s. Arndts Vermächtnisse I.

S. 85., Hartmann S. 5.) oder doch keine S. nach dem Erblasser. Andererseits gibt es Singular-Successionen mortis causa, welche nicht auf Vermächtniß beruhen; s. §. 481. A. 4.; vgl. östr. Gb. §. 757. Vgl. Excurse S. 818 fg.]

## B. Errichtung der Vermächtnisse.

### 1) Subjecte.

### §. 542.

Drei Personen kommen bei jedem Vermächtniß in Betracht: der Vermächtnißgeber, der Vermächtnißträger (Onerirte), und der Vermächtnißnehmer (Honorirte). 1) Geben kann ein Vermächtniß, wer sich einen Erben ernennen kann[a]. 2) Beschwert mit einem Vermächtniß kann jeder werden, der auf den Todesfall unmittelbar oder mittelbar etwas vom Erblasser erhält[b], das ihm blos durch dessen letzten Willen gewährt wird oder durch andere letztwillige Verfügung entzogen werden könnte[1], und nur in dem Maße, als dieses der Fall ist[2], soweit sich nämlich Last und Vortheil gegen einander genau abschätzen läßt[c]. 3) Fähig, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden, ist, wer zum Erben eingesetzt werden kann[d]; auch regelmäßig jede Corporation[e], wenngleich ihr Erbfähigkeit nicht besonders ertheilt ist[3].

Anm. [1] Für Vermächtnisse überhaupt gilt nun die Regel von Fideicommissen: Sciendum est autem, eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum iis datur, vel dum iis non adimitur. L. 1. §. 6. D. de legat. III. Dahin gehört vor allen der Erbe ab intestato oder ex testamento (L. 1. §. 7..10. D. l. c.), oder wer gleich dem Erben den Nachlaß erhält, wie der Fiscus als Occupant der bona vacantia (L. 114. §. 2. D. de legat. I.), sodann jeder Vermächtnißnehmer (pr. J. de sing. reb. per fid. 2. 24.) und der auf den Todesfall (nicht unwiderruflich) Beschenkte (L. 3. pr. §. 3. D. de legat. III. L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 9. Cod. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 35. §. 4. D. de m. c. don. 39. 6.), oder wer *conditionis implendae causa* etwas erhält (L. 96. §. 4. D. de legat. I.), aber auch die Erben der Erben und Vermächtnißnehmer (L. 5. §. 1. L. 6. pr. D. de legat. III.) und der Vater, insoweit er durch das dem Kinde Hinterlassene gewinnt (L. 11. D. de legat. I. cf. Ulp. XXIV. 21. XXV. 10.), insbesondere auch der Pupillarsubstitut oder Intestaterbe des nicht enterbten unmündigen Kindes, insofern ihm mittelbar durch des Kindes Erbschaft etwas aus des Vaters Vermögen zugeht (L. 92. §. 2. L. 93. 94. pr. D. de legat. I. cf. L. 24. Cod. de legat. 6. 37.); nicht auch, wer nur „fortuito, non iudicio testatoris" etwas erhält

[a] L. 2. 114. pr. D. de legat. I. L. 1. pr. §. 2. 3. D. de legat. III. L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. de iure codicill. 29. 7. cf. L. 1. §. 1. 5. D. de legat. III. [b] L. 1. §. 6..10. L. 2..6. D. l. c. pr. J. de sing. reb. per fid. rel. 2. 24. cf. L. 96. §. 4. de legat. I. [c] §. 1. J. l. c. L. 114. §. 3. D. de legat. I. L. 70. §. 1. 2. D. de legat. II. [d] §. 24..27. J. de legat. 2. 20. cf. Gai. II. 218. — L. 11. D. de alim. leg. 34. 1. [e] L. 20. D. de reb. dub. 34. 5. L. 23. D. de ann. leg. 33. 1. L. 38. §. 6. D. de legat. III. L. 117. D. de legat. I. cf. L. 27. 28. (26. 27.) pr. D. ad Sc. Trebell. 36. 1.

(L. 6. §. 1. D. de legat. III.), oder selbst gegen dessen Willen (L. 2. D. eod. L. 31. Cod. de fideicomm. 6. 42.), oder nur das, was ihm dieser rechtlich nicht entziehen könnte (L. 114. §. 1. D. de legat. I). Vgl. überhaupt Arndts a. a. O. Th. 47. S. 178..217.

[2] Placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est. L. 114. §. 3. D. de legat. I. Daher: Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. Aber: Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur; nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est aut poenam stipulationis imminentem evasit. Haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur; enimvero si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quamquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare; non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. L. 70. §. 1. D. de legat. II. Vgl. Arndts a. a. O. Th. 47. S. 287 fg. Unger §. 55. A. 4. 5. — Wegen Unterlassung der Inventarserrichtung kann der Erbe auch über den Bestand der Erbschaft hinaus vermächtnißpflichtig werden nach Nov. 1. cap. 2. §. 2.

[3] Den Städten insbesondere war die Fähigkeit, ein Universalfideicommiß zu empfangen, durch ein Sc. Apronianum, allen erlaubten Collegien überhaupt die Vermächtnißfähigkeit durch ein Sc. zur Zeit des M. Aurelius beigelegt (not. e). Vgl. oben §. 471. A. 3. §. 492. — Für Vermächtnisse gilt auch nicht die Beschränkung des §. 471. A. 1. §. 492. not. e. vgl. §. 549. A. 3. Mühlenbruch in den Erläutr. d. Pand. Th. 39. S. 412 fg. vgl. Huschke Flavii Synthrophi instrum. donat. pag. 11 sq. — Seuffert's Arch. IX. 309. Unger Erbr. §. 20. A. 10.

## §. 543.

Wer im einzelnen Falle mit dem Vermächtniß beschwert sei, das hängt von der Bestimmung des Erblassers ab[a]. Mehrere können zusammen theilweise, oder alternativ jeder für's Ganze verpflichtet werden[b].

Ist nichts darüber bestimmt, wer ein Vermächtniß zu tragen habe, oder auch ausdrücklich nur „den Erben“ schlechthin dasselbe auferlegt, so tragen es diese nach Verhältniß der Größe ihrer Erbtheile jeder unabhängig von dem andern[c], sofern nicht die Untheilbarkeit des Gegenstandes anderes bewirkt[d], und dasselbe ist im Zweifel wohl auch dann als Wille des Vermächtnißgebers anzunehmen, wenn das Vermächtniß schlechthin „den (oder: allen) Erben“ nur mit Ausnahme des einen oder andern auferlegt ist[e]. Sind aber alle Erben namentlich als Vermächtnißträger aufgeführt, so sind diese, wo nicht eine Sache der Erbschaft

[a] L. 29. §. 1. D. de legat. II. L. 98. D. de legat. III. [b] L. 8. §. 1. D. de legat. I. L. 25. D. de legat. III. cf. L. 9. pr. D. de duob. reis. 45. 2. §. 213. not. d. [c] L. 33. pr. L. 44. pr. D. de legat. II. cf. L. 86. §. 3. D. de legat. I. [d] L. 11. §. 23. 24. D. de legat. III. L. 7. D. de serv. leg. 33. 3. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. vgl. oben §. 216. [e] L. 17. D. de duob. reis. 45. 2. L. 104. pr. D. de legat. I.

Gegenstand des Vermächtnisses ist, im Zweifel als zu gleichen Theilen beschwert zu erachten[f], und so auch, wenn nur einigen der Erben namentlich das Vermächtniß auferlegt ist[1].

Die dem wegfallenden Erben auferlegten Vermächtnisse trägt auch derjenige, der vermöge des Anwachsungsrechts[g] oder als Substitut[h] an seine Stelle tritt[2], sofern nicht jene auf die persönliche Eigenschaft des Belasteten berechnet waren[i], oder sonst zu erkennen ist, daß der Erblasser nicht auch den Substituten damit belasten wollte[k].

Anm. [1] Die Stellen in not. f. g. h. enthalten zum Theil widersprechende Entscheidungen: a) L. 17. D. de duob. r. 45. 2. (Paul. lib. 8. ad Plaut.). Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt, quia hereditas eos obligat; idem est, quum omnes heredes nominantur. b) L. 54. §. 3. D. de legat. I. (Pompon. lib. 8. ad Sab.) Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes, hereditarias. c) L. 124. eod. (Nerat. lib. 5. membran.). Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant; quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Ueber die verschiedenen Meinungen und Vereinigungsversuche vgl. Vangerow §. 521. A. 3. Arndts im Rtslex. VI. S. 284 (civ. Schr. II. S. 423) fg. Dabis in Linde's Ztschr. n. F. I. 9. Gerstlacher Zur Lehre von dem Rechtsverhältniß zwischen mehreren mit einem Legate belasteten Erben und dem Legatar (Heidelb. 1853). Brinz Pand. S. 914 fg. Keller §. 557. bei A. 6. Windscheid §. 626. A. 11. Arndts Comment. Th. 47. S. 228..261. Ein neuer Vereinigungsversuch ist seitdem gemacht von Serafini im Arch. giurid. VII. p. 128..144.; in L. 17. cit. soll das „idem est“ nicht bedeuten „idem et est“ sondern nur soviel wie „hoc est“ oder „id est“, und damit soll Paulus, die Meinung der vorgenannten älteren Juristen stillschweigend verwerfend, aussprechen, daß was sie sagen, nur richtig sei „quum omnes heredes nominantur“: anders wieder Mehlhaff una nuova parola sulla proporzione, in cui più coëredi debbono soddisfare un legato loro imposto. Bologna 1873. [Gegen Serafini sowohl, als gegen Mehlhaff erklärt sich P. Caspar über die Leistung von Legaten durch mehrere Miterben. Königsbg. 1881. Die beiden Letztgenannten geben ausführliche liter. Nachweisungen.]

[2] Bezüglich des Substituten wurde dies durch ein Rescript von Severus und Antoninus entschieden (not. h.), vgl. Arndts Th. 47. S. 264 fg. Dagegen hat zu Ulpian's Zeit ein kaiserliches Rescript erklärt, daß der nachfolgende Intestaterbe das einem vorgehenden namentlich auferlegte Vermächtniß nicht zu tragen habe (L. 1. §. 9. D. de legat. III.), obwohl nach L. 61. §. 1. cit. „post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur“, angenommen wurde, daß selbst das einem Intestaterben auferlegte Fideicommiß beim Wegfall desselben von

[f] L. 124. D. de legat. I. cf. L. 54. §. 3. L. 81. §. 4. eod. L. 17. cit. [g] L. un. §. 4. 9 a. b. d. e. (§. 9.) 10 a .. e. (§. 10.) Cod. de cad. toll. 6. 51. cf. L. 49. §. 4. L. 61. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 1. 2. eod. [h] L. 74. D. de legat. I. L. 61. §. 1. D. de legat. II. L. 4. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. cf. L. 77. §. 15. L. 82. §. 1. D. l. c. [i] L. un. §. 9 c. (§. 9.) Cod. l. c. [k] L. 74. D. cit.

dessen Miterben zu entrichten sei, und obwohl nach L. 96. §. 1. D. de legat. I. sowohl Intestat- als testamentarische Vermächtnisse auch der Fiscus, dem das Vermögen als erbloses zufällt, zu entrichten hat. Arndts a. a. O. S. 284 fg. Anders und besser das österr. GB. §. 563. 726. Unger §. 55. A. 7. Mit Unrecht übrigens war es bisher herrschende Meinung, daß der Substitut sowie der Miteingesetzte nur die dem Institutus oder wegfallenden Miteingesetzten gültig auferlegten Vermächtnisse zu tragen habe: arg. L. un. §. 3. 3a (3). Cod. de caduc. 6. 51. L. 14. pr. D. de iure cod. 29. 7. So noch Fein in der Forts. von Glück Th. 44. S. 266 fg. gegen Francke Beitr. S. 120 fg. Es kommt nur darauf an, ob das Vermächtniß als dem Substituten oder dem kraft des Anwachsungsrechtes an die Stelle des Beschwerten Tretenden namentlich auferlegtes Vermächtniß gültig wäre. Vgl. Arndts a. a. O. S. 269 fg., auch Windscheid [4. Aufl.] §. 603. A. 12. §. 633. A. 25 fg. §. 644. A. 15. [Vgl. Bernstein, s. hier §. 491. A. 5. a. E.]

## §. 544.

**Vermächtnißnehmer** ist, wem der Erblasser mit der Absicht, ihm eine Gunst zu erweisen, letztwillig einen Vermögensvortheil zuwendet, was auch durch Anordnung einer Leistung an einen Andern geschehen kann[a]. Die Person des Vermächtnißnehmers muß kenntlich bestimmt sein, wie die des Erben[b]. Mehreren kann ein Vermächtniß gemeinschaftlich oder alternativ gegeben werden; im letzten Falle sind sie als Correalgläubiger anzusehen[c]; im ersten Falle heißen sie **Collegatare**.

Auch einem Erben kann ein Vermächtniß gegeben werden; durch Belastung entweder einer bestimmten andern Person, insbesondere auch eines Miterben[d] (Prälegat i. w. S.), oder überhaupt der Erben oder der Erbschaft[e]. Im letzten Fall ist das Vermächtniß ein **Prälegat** (Vorvermächtniß) im engern Sinn[1], das zum Theil auch den Erbtheil des dadurch Begünstigten selbst belastet. Dieses ist aber, wenn der damit Bedachte (Prälegatar) wirklich Erbe wird, als Vermächtniß nur wirksam, soweit es auf den Erbtheil der Miterben fällt[f]; den auf seinen eigenen Erbtheil fallenden Theil des aus der Erbschaft Vermachten hat jener als Erbe, nicht als Vermächtnißnehmer[g], und wenn das Vorvermächtniß nur eine Obligatio der Erben zum Inhalt hat, so ist diese zu dem dem Erbtheil des Prälegatars entsprechenden Theile nichtig[2]. Wenn

[a] L. 11. §. 20..22. D. de legat. III. L. 49. §. 4..6. L. 69. §. 2. D. de legat. I. L. 8. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. cf. L. 8. D. si quis om. c. 29. 4. L. 55. D. de cond. 35. 1. L. 76. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. [b] §. 29. J. de legat. 2. 20. L. 54. pr. D. de legat. I. L. 4. D. de reb. dub. 34. 5. cf. §. 491. A. 6. §. 493. not. c. d. [c] L. 16. D. de legat. II. cf. §. 213. 491. A. 5. a. E. [d] L. 17. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. L. 34. §. 3. L. 39. §. 2. D. de legat. III. cf. L. 22. pr. L. 87. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2. L. 21. §. 2. D. de ann. leg. 33. 1. [e] L. 104. §. 3. D. de legat. I. L. 17. §. 2. eod. cf. L. 40. pr. D. de legat. III. [f] L. 40. pr. cit. L. 17. §. 2. L. 18. 116. §. 1. D. de legat. I. [g] L. 1. §. 6. D. quod legat. 43. 3. L. 40. pr. cit. cf. L. 4. pr. L. 42. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 34. §. 1. L. 88. §. 2. D. de legat. III. L. 19 (18). §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. L. 74. 91. D. ad leg. Falc. 35. 2.

dagegen der Prälegatar die Erbschaft ablehnt, so kann er das ganze Vorvermächtniß in Anspruch nehmen[h], so wie ihm auch im Fall der Entreißung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit das Ganze belassen wird[i], wo nicht der Grund der Unwürdigkeit auch Entreißung des Vermächtnisses rechtfertigt[3].

Anm. [1] Buchholtz die Lehre von den Prälegaten. 1850. Arndts Comm. Th. 47. S. 1..178. Vgl. Voss diss. inaug. de regula „heredi a semet ipso inutiliter legatur". Berol. 1873. Kretschmar die Natur des Prälegats nach R. R. 1874. (drbr. Hartmann in d. Jen. Litztg. 1875. Nr. 23.) [und Czyhlarz in d. krit. Vjschr. XIX. S. 168 fg.] — Die für Anordnung eines solchen Legats vorzüglich übliche Formel war in älterer Zeit: (Titius) heres (fundum Cornelianum) praecipito, daher legatum per praeceptionem (§. 541. A.); darüber insbesondere Czyhlarz in Haimerl's Vjschr. III. 7. Degenkolb de legato, quod fiebat per praeceptionem. Berol. 1855. Dewes Erbr. II. S. 241. nennt das Prälegat in w. S. „reines Prälegat", das Prälegat in e. S. „qualificirtes Prälegat oder praeceptio". Der letzte Zusatz ist jedenfalls unberechtigt; denn nach Gai. II. 221. behaupteten wenigstens die Proculianer, und sollte selbst durch ein Rescript Hadrians bestätigt sein, daß *per praeceptionem* auch einem Nichterben gültig legirt werden könne, und steht jene engere technische Bedeutung von praeceptio keineswegs fest. Czyhlarz S. 117 fg. Arndts S. 28 fg.

[2] Es versteht sich von selbst, daß ein Erbe nicht sich selbst etwas zu leisten vermächtnißpflichtig sein kann, und daß ihm, was ihm als Erben zukommt, nicht geschmälert wird durch ein Vermächtniß, das er (und soweit er) dies sich selbst entrichten müßte. Daher die Regel: „heredi a semet ipso legatum dari non potest", „a semet ipso ei legatum inutiliter videtur", L. 116. §. 1. L. 34. §. 11. D. de legat. I.; daher die Folge, daß das Prälegat zu dem auf den Erbtheil des Prälegatars fallenden Theil als Vermächtniß nicht besteht, wenn dieser Erbe wird. Römische Juristen haben nun aus jener Regel absonderlich strenge Folgerungen abgeleitet für den Fall, daß einem Erben gemeinschaftlich mit einem andern, Nichterben oder Miterben, ein Legat zur Last der ganzen Erbschaft gegeben war, indem sie dasselbe, soweit es auf dem eigenen Erbtheil des Prälegatars lastet, als nichtig ansahen und so denn diesen Theil ausschließlich dem Collegatar zusprachen, nur rücksichtlich des auf die Erbtheile der Miterben fallenden Theils des Legates den Erben-Prälegatar mit dem Collegatar concurriren ließen. L. 34. §. 11. cit. (Ulp.): „Si duobus sit legata (sc. eadem res), quorum alter heres institutus sit... quod ei a se legatum erit, ad collegatarium pertinebit"; vgl. L. 116. §. 1. cit. (Florent.) „Si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis (Nichterben), ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet... extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem et ab alio herede trientem vindicabunt"; und gar L. 34. §. 12. eod. „Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam." Und diese Sätze sind denn auch gegen abweichende Meinungen, besonders gegen Buchholtz S. 370 fg., als ganz consequente für das geltende Pan-

[h] L. 17. §. 2. L. 18. 87. 91. §. 2. D. de legat. I. L. 12. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 88. D. de legat. I. [i] L. 18. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9.

bektenrecht gründlich vertheidigt worden von Vangerow im civ. Arch. XXXV. 8. und Pand. §. 523. A. B. Allein dieselben konnten im classischen Recht wohl für das Vindications- und Präceptionslegat aufgestellt werden, nicht für das Damnationslegat und Fideicommiß (§. 556. A. 4.), und waren auch für jene höchst wahrscheinlich nicht von allen Juristen gebilligt; und im Justinianischen Recht nun darin eine allgemeine Regel für alle Prälegate zu erkennen, ist schon deßhalb bedenklich, weil sich in den Digesten mehrere Stellen finden, die vielmehr für Gleichtheilung zwischen dem Prälegatar und dessen Collegataren sprechen. L. 67. §. 1. L. 104. §. 5. D. de legat. I. L. 34. §. 1. D. de usu leg. 33. 2. Jedenfalls werden die obigen Sätze, wie scharfsinnig sie auch erscheinen mögen, heutzutage kaum anwendbar sein, ohne gegen den Willen des Vermächtnißgebers zu verstoßen, und solche Anwendung wäre dem Geiste des Justinianischen Rechts der Vermächtnisse ganz zuwider. Arndts im Rtslex. VI. S. 289. (civ. Schr. II. S. 428.). Vering Erbr. S. 685. A. 1. Holzschuher 3. Aufl. II. S. 1040. Ueber die ganze Frage Arndts im Comment. Th. 47. S. 126..178.; dazu Windscheid §. 627. A. 4. 7. 8.

[3] Consequent, so scheint es, wäre nach not. h. auch anzunehmen, daß, wenn der Prälegatar post diem legati cedentem (§. 554.) gestorben ist, ohne die Erbschaft angetreten oder abgelehnt zu haben, das ganze Vorvermächtniß auf dessen Erben übergehe. Dem steht aber entgegen L. 75. §. 1. de legat. II. (Pap.): Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legati cedentem ante aditam hereditatem vita decessit: partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti. Ueber die sehr verschiedenen Erklärungen dieser Stelle vgl. Arndts a. a. O. S. 90..126.; dazu Windscheid §. 627. A. 5. 6. Serafini im Arch. giurid. VII. p. 183 sq.; der erste erklärt, auf Consequenz verzichtend, die Entscheidung der L. 75. §. 1. cit. nach ihrem zunächst sich darbietenden Sinn nur aus dem vermuthlichen Willen des Erblassers, indem zwar, wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, angenommen werde, der Erblasser habe ihm für diesen Fall den seinem Erbtheil entsprechenden Theil wiederholt vermacht, diese günstige Auslegung aber nicht eintrete, wenn von derselben nur die Erben den Vortheil haben würden (?); Serafini erklärt L. 75. §. 1. cit., indem er das Wort „constiterunt" in dem Sinne von „sich herausstellen" „berechnen" versteht und so nur ausgesprochen findet, daß die substituirten Miterben nun nach dem Wegfall des Prälegatars als ihres Miterben das ganze Prälegat nach Verhältniß ihrer Erbtheile, wie sie sich jetzt herausstellen, den Erben desselben zu entrichten haben: wobei aber Papinian wohl auch nicht von dem Vorwurf verfehlten Ausdrucks freizusprechen wäre. Vgl. Arndts a. a. O. S. 118. a. E. Anders wieder Mehlhaff im Arch. giurid. XI. p. 138 sq., der annimmt, daß unter den coheredes substituti Andere als die Miterben des Prälegatars verstanden seien.

### 2) Form der Errichtung.

### §. 545.

Vermächtnisse können errichtet werden 1) im Testament, 2) in Codicillen[a]. [Diese können] neben einem Testament (codicilli testa-

[a] Inst. de codicillis. 2. 25. Dig. de iure codicillorum. 29. 7. Cod. de codicillis. 6. 36.

mentarii) oder ohne ein solches [bestehen] (codicilli ab intestato), und in jenem Fall mit oder ohne Bestätigung im Testament (codicilli confirmati oder non confirmati). [Sie können ferner] mündlich oder schriftlich [gemacht sein] (codicilli nuncupativi oder scripti), unter den Formen der Testamentserrichtung, nur mit dem Unterschied, daß bei Privatcodicillen die Zuziehung von fünf Zeugen genügt und bei schriftlichen die Siegelung entbehrlich ist[b]. Es kann aber 3) auch durch eine ganz formlose Erklärung des Erblassers an denjenigen, der es entrichten soll, ein Vermächtniß wirksam hinterlassen werden; ob jedoch dies geschehen sei, muß der Vermächtnißnehmer lediglich von dem Eide des angeblich damit Beschwerten, der es in Abrede stellt, abhängig machen, und dieser kann verlangen, daß zuvor jener den Gefährdeeid schwöre[c].

Anm. [1] „Ueber die äußere Form der Codicille" s. Danz in Linde's Ztschr. IX. 8.; über die ganze Lehre von den Codicillen, Fein in der Fortsetzung von Glück's Erläutr. der Pand. Th. 44. 45. Mayer d. L. von den Legaten §. 15..28.; in Betreff der Frage, ob die gesetzliche Form auch für bestätigte Codicille erforderlich sei, vgl. §. 493. A. 2. Windscheid §. 628. 630. Für die Codicille Blinder ist dieselbe Form erforderlich, wie für deren Testamente. L. 8. §. 1a. (L. 8. pr. i. f.) Cod. qui test. fac. 6. 22. RO. v. 1512. Tit. II. §. 9..11. Mayer a. a. O. S. 78 fg. A. 16. — Ueberhaupt vgl. noch Unger §. 56.

[2] Das formlose Vermächtniß nach Nr. 3. nennt man häufig Oralfideicommiß oder fideicommissum heredi (vel legatario) praesenti iniunctum. Diese Benennungen hängen zusammen mit der unrichtigen Meinung, daß nur mündliche Erklärung des Erblassers an den gegenwärtigen Onerirten jene Wirkung habe (arg. L. ult. Cod. cit. verb. *sine scriptura et praesentia testium*, und §. 12. J. cit. verb. *iusiurandum ... quod nihil tale a testatore audivit*), einer Meinung, die jetzt noch manche Anhänger hat. Vgl. z. B. Mühlenbruch §. 730. [A. 7.] Göschen III. 2. S. 557. [Nr. 6.] Mayer a. a. O. §. 29. [A. 9.] Brinz S. 888 fg. Seuffert's Arch. IV. 66. V. 38.; dagegen aber Vangerow §. 528. [A. Nr. 1.] Arndts im Rtslex. VI. S. 292 (civ. Schr. II. S. 431) fg. Sintenis §. 208. A. 14. Seuffert §. 608. Windscheid §. 629. [A. 3.], auch Massot im prakt. Arch. n. F. IV. S. 42 fg. (der jedoch der mündlichen Mittheilung durch einen Boten alle Bedeutung abspricht). Ein dem Onerirten nicht mitgetheiltes unförmliches Schreiben des Erblassers ist freilich nicht genügend. Seuffert's Arch. II. 315. VIII. 72. XVII. 267. vgl. IX. 52. XIII. 47. XIV. 150. XVIII. 96. — Ist nur von einem oder einigen unter mehreren Erben ein alle beschwerendes Vermächtniß dieser Art ausdrücklich oder durch Ablehnung des angetragenen Eides zugestanden, so wirkt es nur pro parte hereditaria der geständigen. Massot a. a. O. S. 48 fg. — Ueber Geltendmachung gegen die Erben des Onerirten, namentlich vermöge erweislichen Geständnisses des letzten: Seuf-

[b] L. 8. §. 3. Cod. h. t. L. 28. in f. Cod. de testam. 6. 23. cf. L. 8. Cod. qui testam. fac. 6. 22. RO. v. 1512. Tit. II. §. 2. [c] L. ult. Cod. de fideicommiss. 6. 42. §. 12. J. de fideicomm. hered. 2. 23. cf. L. 21. pr. D. de legat. III.

fert's Arch. V. 38. Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides und der Gewissensvertretung: Vangerow [Nr. 2.] und Sintenis a. a. O. — Ueber den Fall, wenn nur der Gegenstand, nicht die Existenz des Vermächtnisses streitig ist: Sintenis a. a. O. — Ueberhaupt Arndts in d. Forts. von Glück Th. 47. S. 341..382. [Sonnenschmidt Neue prakt. Erört. S. 1..107.]

## §. 546.

Eine als Testament ungültige letzte Willensordnung kann doch als Codicill bestehen, wenn der Erblasser diesen Willen ausgesprochen hat[a], durch die sog. *clausula codicillaris*, vorausgesetzt, daß die Erfordernisse eines gültigen Codicills vorhanden sind. Auf diese Weise kann dem Testament die Geltung als Codicill auch für den Fall erhalten werden, wenn es als Testament erst später ungültig wird, vorausgesetzt, daß der Grund der Ungültigkeit nicht ein solcher ist, der auch den Codicill ergreift. In Folge der Codicillarclausel werden nicht nur die im Testament enthaltenen Vermächtnisse, sondern auch die Erbeinsetzung, und zwar diese als Universalfideicommiß, aufrecht erhalten[b]. Der Eingesetzte hat die Wahl, das Recht des Erben oder des Universalfideicommissars geltend zu machen, kann aber nachher nicht mehr das einmal aufgegebene ergreifen[c], nur Eltern und Kinder ausgenommen[d].

Anm. [1] Vgl. überhaupt Fein a. a. O. Thl. 45. S. 184 fg. Vangerow II. §. 527. Mayer a. a. O. §. 23..28. Windscheid §. 631. [Coels D. L. v. d. sog. Conversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Codicill . . (1879).] Seuffert's Arch. III. 355. V. 204. 205. VIII. 70. 71. X. 274. XVII. 266. — Unger §. 56. A. 5.

[2] Bei der Ausnahme in not. d. macht das Gesetz den willkürlichen, aber praktisch kaum je erheblichen Unterschied: si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit.

### 3) Inhalt der Vermächtnisse.

## §. 547.

#### a) Im Allgemeinen.

Durch Vermächtnisse können vermögensrechtliche Vortheile jeder Art gewährt werden. Nur muß es eine mögliche und rechtlich zulässige Leistung sein, welche dem Beschwerten auferlegt wird, und der Gegenstand muß hinreichend bestimmt sein, so daß es nicht blos in

[a] L. 29. §. 1. D. qui testam. fac. 28. 1. L. 88. §. 17. D. de legat. II. L. 8. §. 1. 1 a. (§. 1.) Cod. de codicill. 6. 36. cf. L. 1. 13. §. 1. D. de iure codic. 29. 7. L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6. [b] L. 88. §. 17. cit. [c] L. 8. pr. §. 1. 1 a. (§. 1.) Cod. h. t. 6. 36. [d] L. 8. §. 2. Cod. eod.

der Willkür des Beschwerten steht, ob er etwas oder was er geben wolle[a]. Ungültig ist demnach das Vermächtniß einer dem Verkehr gänzlich entzogenen Sache[b], desgleichen einer solchen, in Ansehung deren dem Vermächtnißnehmer das Commercium fehlt[c]; nicht auch, wenn blos dem Beschwerten das Commercium fehlt, welcher dann, wenn die Sache eine fremde ist, wenigstens den Werth zu zahlen hat[d], und darauf hat denn in diesem Falle der Vermächtnißnehmer auch dann Anspruch, wenn zugleich ihm selbst das Commercium in Betreff der Sache fehlt[e]. Auch wenn ihm nur wegen thatsächlicher Hindernisse deren Erwerb unmöglich ist, kann er doch den Werth verlangen[f].

Anm. Ueber den scheinbaren Widerstreit der Stellen in not. c. und e. vgl. Roßhirt I. S. 224 fg. Vangerow §. 525. [A. 1.] mit Puchta §. 528. not. h. und Vorles. II. ad §. 528. [4. Aufl. S. 471.] — Unger §. 60. A. Arndts in d. Forts. von Glück Th. 46. S. 100 fg. Was daselbst S. 115. als der befriedigendste Ausweg, um L. 40. cit. (not. e.) mit L. 49. §. 2. cit. (not. c.) zu vereinigen, angegeben ist (vgl. auch Windscheid §. 634. A. 7.), nämlich in dem Satze der L. 40. cit. „ei cui ius possidendi non est" mit Cuiacius [Notae ad Inst. II. 20. §. 4. not. 8. opp. ed. Neap. tom. I. col. 127. und Comm. ad tit. D. de V. O. L. 34. ib. col. 1185.] das non zu streichen, ist auch von Mommsen (Dig. II. p. 10.) gebilligt. Dagegen aber Basil. XLIV. 1. cap. 39. (nach der Synopsis bei Heimb. IV. p. 335.)

## §. 548.

### b) Nebenbestimmungen[a].

Vermächtnissen kann der Erblasser nicht nur, wie der Erbeinsetzung, aufschiebende Bedingungen[b], sondern auch auflösende Bedingungen[c] und Zeitbestimmungen jeder Art[d] wirksam hinzufügen. Ist dem Vermächtniß ein Modus beigefügt, so kann der Beschwerte bei Entrichtung des Vermächtnisses Caution wegen Erfüllung der Auflage verlangen[e], und wegen Nichterfüllung das Gegebene zurückfordern[f].

Anm. Vgl. überhaupt Mayer a. a. O. §. 32..42. Unger §. 58. [Rivier §. 60.]

[a] L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. cf. §. 491. [b] §. 4. J. de legat. 2. 20. L. 39. §. 9. 10. D. de legat. I. L. 14. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 83. §. 5. L. 137. §. 6. D. de V. O. 45. 1. [c] L. 49. §. 2. D. de legat. II. cf. L. 34. D. de V. O. 45. 1. [d] L. 49. §. 3. D. de legat. II. [e] L. 40. D. de legat. I. [f] L. 114. §. 5. D. eod.

[a] Dig. de conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. 35. 1. [b] Cod. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. 6. 46. cf. §. 495. [c] L. 26. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 55. D. de legat. I. [d] L. 1. pr. §. 1. 2. L. 79. pr. §. 1. D. h. t. 35. 1. cf. §. 554. [e] L. 40. §. 5. D. l. c. L. 19. D. de legat. III. [f] L. 17. D. de usu et usufr. leg. 33. 2. L. 21. §. 3. D. de ann. leg. 33. 1. cf. §. 74. 495. not. l..p.

## §. 549.

### c) Substitution bei Vermächtnissen.

Eine Substitution ist bei Vermächtnissen 1) gleichwie bei der Erbeinsetzung in der Art möglich, daß dasselbe Vermächtniß einem Andern gegeben wird für den Fall, daß der zunächst Bedachte es nicht erwerbe[a]; aber auch 2) so, daß mehrere nacheinander denselben Gegenstand haben sollen, indem derjenige, dem er zuerst gegeben ist, denselben zu gewisser Zeit, z. B. nach seinem Tode, einem Andern herausgeben soll, und ebenso etwa dieser wieder einem Dritten u. s. w. Dies versteht man unter fideicommissarischer Substitution oder *precaria substitutio*, wohin aber auch schon das dem Erben auferlegte Universalfideicommiß gehört (sog. indirecta, obliqua, heredis substitutio). Vermächtnisse solcher Art aber nennt man successive. Eine Art derselben sind die Familienfideicommisse, fideicommissa familiae relicta[b], d. i. solche, wodurch dem Beschwerten auferlegt wird, das Vermächtniß Angehörigen einer bestimmten Familie, es sei der des Erblassers oder einer andern, zu hinterlassen[1]. Hat der Erblasser nicht anders bestimmt, so kann der zunächst Beschwerte und so auch wieder jeder folgende Vermächtnißträger nach seiner Wahl einem oder mehreren Angehörigen der Familie das Vermächtniß zuwenden[c]. Unterläßt er dieses, oder überträgt er den Gegenstand des Vermächtnisses an einen Fremden[2], so sind die nächsten Verwandten zuerst desjenigen, dessen Familie das Vermächtniß bestimmt ist, sodann des jedesmaligen Fideicommißinhabers berechtigt, dasselbe zu fordern[d]. Diejenigen aber, die zur Veräußerung ihre Einwilligung geben, verlieren ihren Fideicommißanspruch, und durch Einwilligung aller Familienglieder kann daher das Fideicommiß ganz aufgehoben werden[e].

Anm. 1 Unter Familie werden hier alle Verwandten begriffen (L. 69. §. 4. D. de legat. II.), und bei deren Abgang selbst der Gatte eines verstorbenen Descendenten. L. 5. Cod. de V. S. 6. 38.

2 Jedoch L. 89. §. 1. D. de legat. II. Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta est alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

[a] L. 50. pr. L. 77. §. 13. D. de legat. II. L. 3. pr. §. 1..4. D. de adim. leg. 34. 4. L. un. §. 7. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 6. Cod. de legat. 6. 37. [b] L. 114. §. 14..18. D. de legat. I. L. 32. §. 6. L. 67. pr. §. 1..7. L. 69. §. 1. 3. 4. D. de legat. II. [c] L. 67. pr. §. 2. D. de legat. II. L. 114. §. 17. D. de legat. I. [d] L. 3. pr. D. de iure codicill. 29. 7. L. 69. §. 3. D. de legat. II. L. 67. §. 3..7. eod. L. 114. §. 15..18. D. de legat. I. [e] L. 120. §. 1. D. de legat. I. L. 77. §. 27. D. de legat. II. L. 11. Cod. de fideicomm. 6. 42.

[3] Nach Nov. 159. cap. 2. soll das Familienfideicommiß in der Hand des vierten Inhabers (post quatuor generationes s. successiones) von selbst erlöschen und dessen freies Eigenthum werden (vgl. Pfeiffer prakt. Ausf. III. S. 54 fg.), wenigstens nach dem buchstäblichen Inhalt des Gesetzes dann, wenn jener einen unmündigen Vorgänger hatte (vgl. Marezoll in Löhr's Mag. IV. S. 208 fg.). Man hält aber diese Bestimmung wohl mit Recht für unpraktisch. Sintenis §. 209. A. 37.

[4] Ein Rechtsinstitut von eigenthümlichem Charakter sind die deutschrechtlichen Familien-Fideicommisse, für welche das R. R. nicht maßgebend ist. Vgl. [Salza im] Rtslex. IV. S. 237 fg. [Wie es aus politischen Verhältnissen und Strebungen hervorgewachsen ist, hat es auch heute eine große politische und sociale Bedeutung, die den gleichnamigen im Text erwähnten Vermächtnissen nie zukam. Die heut. Familienfideicommisse sind durch Umbildung einheimischer Rechtsverhältnisse und Nachahmung des spanischen Institutes der Majorate, das unter der habsburgischen Herrschaft erst in Italien, dann in den deutschen Erblanden Aufnahme fand, entstanden, und erhielten ihre theoretische Ausgestaltung unter Benutzung römischer Namen und Rechtssätze und der feudistischen Lehre von der successio ex pacto et providentia maiorum. Ihre Entwickelung hängt auf das engste zusammen mit der Einführung der Primogenituren in den kleineren Dynastien. All' dies ist nachgewiesen in der Schrift: Zur Geschichte der Fideicommisse. Sep.-Abdr. aus den Excursen . . . von Pfaff und Hofmann (1884). Hauptwerk f. Spanien Molina de Hispanorum primogeniorum origine ac natura (1588), f. Deutschland Knipschildt de fideicomm. familiarum nobilium (1654). Ueber das heute geltende R. s. Lewis das Recht des Familienfideicommisses. 1868.]

## §. 550.

### 4) Regula Catoniana [a] *.

Eine nach ihrem Urheber [Cato Censorius oder dessen Sohne] benannte alte Rechtsregel sagt: ein Legat, welches unwirksam wäre, wenn der Testator sofort nach der Testamentserrichtung stürbe, bleibe (ungeachtet der bis dahin eingetretenen Veränderung der Umstände) unwirksam, wenn auch der Tod erst später erfolge [b]. Die Regel trifft nicht solche Legate, deren Anfall nicht der Regel gemäß sofort durch den Tod des Erblassers erfolgt [c], daher auch bedingte Legate nicht, wenn die Erfüllung der Bedingung noch nach dem Tode eintreten kann [d]; sie gilt [aber] auch nicht für Legate unter einer Bedingung, die noch beim Leben des Testators oder durch dessen Tod erfüllt werden soll [e]. Die Regel bezieht sich nicht auf den Mangel der Fähigkeit des Legatars [f] oder der Verkehrsfähigkeit der Sache [g], wegen dessen auch das bedingte Legat schlechthin ungültig ist.

[a] Dig. de regula Catoniana. 34. 7. [b] L. 1. pr. D. h. t. [c] L. 3. eod. cf. L. 7. §. 6. L. 8. 17. D. quando dies leg. 36. 2. L. 86. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. pr. D. de opt. leg. 33. 5. [d] L. 41. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 3. D. h. t. [e] L. 1. §. 1. 2. L. 2. eod. [f] L. 60 (59). §. 4. D. de hered. inst. 28. 5. cf. §. 542. 3. §. 492. not. c. §. 505. not. b. [g] §. 4. J. de legat. 2. 20. cf. §. 547. not. h.

Anm. * Harnier de regula Catoniana. 1820. Roßhirt im civ. Arch. X. 14. Guyet Abh. aus d. Gebiete d. Civ. R. (1829.) Nr. 5. Müller im civ. Arch. XIV. 13. Arndts im Rh. Mus. V. 9. (civ. Schr. II. 51. S. 485 . . 519). [Machelard Étude sur la règle Catonienne (1862). Rivier de discrimine quod int. reg. Cat. et eam quae l. 29. R. J. continetur, . . . . interest (Berlin 1858).]. Roßhirt Vermächtnisse I. S. 413 fg. Vangerow II. §. 540. [Windscheid §. 638. Baron §. 442.]

[1] L. 1. pr. D. h. t. Catoniana regula sic definit: ***Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.*** Quae definitio in quibusdam falsa est. §. 1. Quid enim si quis ita legaverit: ***si post Kalendas mortuus fuero, Titio dato?*** an cavillamur? Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, verius est, quam inutiliter datum. L. 3. eod. Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. L. 41. §. 2. in f. D. de leg. I. Ad ***conditionalia*** Catoniana non pertinet. [Die C. Regel bezieht sich nicht auf immanente Fehler — Mängel des Errichtungsactes —, sondern nur auf solche, die an sich wegfallen können — Mängel, die den Inhalt der Anordnung treffen. Vgl. Windscheid a. a. O. — Nicht jede mit der C. Regel harmonirende Entscheidung ist aus ihr gefolgert, bez. unter sie zu subsumiren; gilt die gleiche Entscheidung auch bei bedingten Legaten, so gehört sie nicht her.]

[2] Einzelne Fälle der Anwendung enthalten a) antiquirte: Gai. II. 244. 245. Ulp. XXIV. 23. 24. §. 32. 33. J. de legat. 2. 20. cf. L. 25. 91. pr. D. de legat. I. L. 17. D. quando dies leg. 36. 2. b) noch praktische: L. 41. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 18. D. de legat. II. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 13. Cod. de legat. 6. 37. — Ueber die Frage in not. f. g. siehe besonders Arndts a. a. O. S. 209 fg. [civ. Schr. II. S. 488 fg.] vgl. Puchta §. 522. Keller §. 585. Brinz S. 963 fg., welcher nur den Ausdruck „bezieht sich nicht" beanstandet, ohne Grund, wie es scheint; denn, da er sagt, daß es der regula Catoniana gar nicht bedurft hätte, wenn nicht noch andere Mängel vorkämen, so muß er wohl auch zugeben, daß Cato seine Regel nicht auf jene radikalen Mängel bezogen habe, welche absolute Nichtigkeit des Legats bewirkten; er hatte dabei eben nur andere Umstände im Auge, welche gegenwärtig dem Erfolge des Legats, das sonst gültig errichtet wäre, entgegenstehen würden, wenn der Testator sofort stürbe. Anderer Meinung ist aber noch bezüglich beider Punkte Roßhirt a. a. O., bezüglich des unter not. g. Vangerow §. 525. A. 1. a. E., vgl. 540. A. I. 1. 5., bezüglich des Punktes unter not. f. Windscheid §. 638. A. 6., während derselbe (A. 7.) in Ansehung des Punktes unter not. g. zwar im Resultat übereinstimmt, aber aus anderem Gesichtspunkt und nach anderer Auffassung der Catonianischen Regel. [Diese sei nur Anwendung des allgemeinen Grundsatzes in l. 29. D. de R. J., also nicht etwas Besonderes ihrem Inhalte, sondern nur ihrem Ausdrucke nach. Es sei] eine Ausnahme von der Regel, daß sie auf bedingte Legate nicht Anwendung findet, von welcher Ausnahme er nur wieder eine Ausnahme anerkennt („so daß die Catonianische Regel wieder Platz greift") bei dem bedingten Legat einer res extra commercium, weil ein Wegfall dieses Mangels zwar nicht unmöglich sei, aber außer aller Berechnung liege.

[3] Streitig ist, ob die Catonianische Regel auch auf Fideicommisse Anwendung gefunden habe? [wohl erst, seit für die F. Formvorschriften galten]; daher auch, ob sie im Justinianischen Rechte überhaupt noch gelte? [gewiß!] Dagegen z. B. wieder Sin-

tenis §. 212. A. 6. vgl. Unger §. 60. A. Aber siehe Arndts a. a. O. S. 245 (513) fg. Fein in der Forts. v. Glück Th. 44. S. 41 fg. u. a.

## C. Aufhebung der Vermächtnisse.

### §. 551.

#### 1) Durch den Willen des Erblassers.

Der Erblasser kann jederzeit sowohl einzelne Vermächtnisse zurücknehmen[a], als auch die ganze Willensordnung, Testament oder Codicill, worin sie enthalten sind, aufheben[1]. Durch Errichtung eines Testaments wird stillschweigend nicht nur das früher errichtete Testament seinem ganzen Inhalt nach aufgehoben, sondern auch die früher errichteten Codicille, also auch ein früheres mit der Codicillarclausel versehenes Testament[b], sofern nicht ein anderer Wille erkennbar ist[2]; ein neuer Codicill hebt den früheren nur auf, soweit der Inhalt beider unvereinbar ist[c]. Den Willen der Zurücknahme einzelner Vermächtnisse kann der Erblasser durch Ausstreichen der betreffenden Verfügung, wie durch ausdrückliche Erklärung kund geben[d]; es genügt überhaupt[e], um dem Vermächtniß seine Kraft zu nehmen, jeder Beweis der Willensänderung[3], die auch aus andern Handlungen, z. B. Veräußerung des vermachten Gegenstandes hervorgehen kann[f], und im Fall heftiger nicht versöhnter Verfeindung des Erblassers mit dem Vermächtnißnehmer vermuthet wird[g].

Bedingte Zurücknahme wirkt gleich der Errichtung unter der entgegengesetzten Bedingung[h]. Mit der Zurücknahme kann zugleich die Errichtung eines neuen Vermächtnisses anstatt des früheren verbunden sein[i] (translatio legati)[4]; hier ist aber der Regel nach[4a] jene nichtsdestoweniger wirksam, wenn gleich dieses nicht gültig ist[k].

Ist nicht zu erkennen, auf welches von mehreren Vermächtnissen die Zurücknahme sich beziehen soll, so ist sie für alle wirkungslos[5].

Anm. [1] Nach R. R. gilt auch in dieser Beziehung schlechthin der Grundsatz des §. 501. A. 1. 2. Nach heutigem R. wird consequent angenommen, daß durch Vertrag (Vermächtnißvertrag) der Widerruf auch eines Vermächtnisses ausgeschlossen werden könne. Hartmann z. L. v. d. Erbvertr. S. 73 fg. Arndts in Haimerl's Ztschr.

[a] Inst. de ademtione (et translatione) legatorum. 2. 21. Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis. 34. 4. [b] L. 5. D. de iure codicill. 29. 7. §. 1. J. de codicill. 2. 25. [c] §. 3. J. l. c. L. 6. §. 1. D. l. c. [d] L. 16. 17. D. h. t. 34. 4. [e] L. 3. §. 11. L. 15. D. eod. L. 27. Cod. de fideicommiss. 6. 42. cf. pr. J. h. t. 2. 21. [f] L. 15. 18. 24. §. 1. D. de adim. legat. 34. 4. L. 3. 11. Cod. de legat. 6. 37. L. 1. §. 1. D. de instructo leg. 33. 7. L. 11. §. 13. D. de legat. III. §. 12. 21. J. de legat. 2. 20. Gai. II. 198. [g] L. 3. §. 11. L. 4. D. h. t. 34. 4. cf. L. 13. 22. eod. [h] L. 10. 14. pr. eod. L. 6. pr. D. quando dies. 36. 2. [cf. L. 68. §. 2. D. de leg. I. L. 107. D. de cond. 35. 1.] [i] §. 1. J. h. t. L. 5..10. D. h. t. cf. L. 24. pr. eod. L. 87..89. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 33. 34. pr. D. de legat. I. [k] L. 34. pr. cit. L. 20. D. h. t. 34. 4. cf. L. 7. 8. eod.

VII. S. 280 (civ. Schr. II. S. 196) fg. Vgl. aber Unger §. 61. A. 4.; dagegen Schiffner Vermächtnißbegriff S. 19 fg. [Vgl. Kugelmann gemeinrechtl. Begründung d. partic. Erbvertrages. 1877. drbr. G. Cohn in der Jen. Litztg. 1879. Nr. 10.]

[2] Dies ist jedoch streitig, indem Manche behaupten, daß die Codicille bestehen bleiben, wenn nur nicht eine Willensänderung erweislich ist, im Zweifel also in der Errichtung eines Testaments ein Widerruf der in einem früheren Codicill errichteten Vermächtnisse nicht zu finden sei. Fein Th. 44. S. 168 fg. Windscheid §. 640. A. 7. Vgl. Unger §. 61. A. 7. Seuffert's Arch. IX. 192. [Sonnenschmidt Neue prakt. Erört. S. 153 fg.] Für diese Gegenmeinung spricht die Erklärung des Theophilus zu §. 1. J. de codic. 2. 25. mit dem Schlußsatze (nach Reitz' Uebersetzung): „peti posse etiam non facta confirmatione, *nisi* forte testator ab his, quae in codicillo scripta erant, *recessisse probetur*"; aber §. 1. cit. sagt: „posse fideicommissum peti, *si appareat*, eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate, quam codicillis expresserat, *non recessisse*". In §. 1. cit. wird andererseits Papinian's Meinung nicht übereinstimmend mit L. 5. cit. referirt: „non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur". Aber vielleicht ist L. 5. D. de iure codic. 29. 7. interpolirt; mit dem Zusatze: „aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur" stimmt L. 5. cit. mit §. 1. cit. im Resultat ganz gut zusammen.

[3] Anders nach österreich. Recht. Unger A. 5.

[4] L. 6. pr. D. h. t. 34. 4. Translatio legati fit quatuor modis, aut enim a persona in personam transfertur; aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei; aut quod pure datum est, transfertur sub conditione. — Wesentlich ist dabei die Absicht des Erblassers, das eine Vermächtniß an Stelle des andern zu setzen; verschieden davon der Fall: a) wenn nur dasselbe Vermächtniß an dieselbe Person wiederholt wird, b) wenn dieser mehrere Vermächtnisse cumulativ hinterlassen sein sollen, c) wenn dem einen Vermächtnißnehmer ein anderer als Collegatar für denselben Gegenstand beigegeben wird, oder d) mehreren dasselbe Ganze zugedacht ist. Vgl. L. 33. 34. pr. §. 1. 3. 4 sqq. D. de legat. I. L. 44. §. 1. D. de legat. II. L. 12. D. de probat. 22. 3. L. 9. D. h. t. 34. 4. Ueber die Frage, was im Zweifel anzunehmen sei?, insbesondere: „wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen Demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist, hat man das im Zweifel als Vermehrung des vorigen Vermächtnisses oder als eine Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen?" Schrader im civ. Arch. XXXIII. 1. Seuffert Pand. (4. Aufl.) §. 607. A. 9a..12. Arndts im Comment. Th. 46. S. 213 fg. vgl. Unger §. 70. A. 3. [und mit L. 6. pr. i. f. cit. den Fall der not. h.]

[[4a] Denn z. B. im vierten Falle der Translation (s. Anm. 4.) wird das legatum purum nicht immer zerstört, wenn das leg. condicionale wegen Formfehler ungültig ist. Es wird zerstört, wo zugleich a persona in personam transfertur. Es wird nicht zerstört, wo die Person des Legatars unverändert bleibt. Die datio bedarf der Form, die ademtio nicht. Der Testator wollte im letzteren Falle das Legat nicht ganz beseitigen, sondern nur abschwächen, wie bei der bedingten Zurücknahme.]

[5] So entscheidet L. 3. §. 7. D. h. t. (Ulp. lib. 24. ad Sab.) Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit (hier ist hinzuzudenken: *dicemus neutri ademtum esse, igitur:*) utrique legatum debebitur (Mommsen: *debetur*); quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum

sit, dicemus neutri legatum: consequent und übereinstimmend mit L. 14. §. 1. eod. L. 2. D. de his, quae pro non script. 34. 8. L. 73. §. 3. D. de R. J. L. 22. D. de probat. 22. 3. „Freilich wendet man ein, daß mit der Unsicherheit, wem genommen, auch unsicher werde, wem gegeben sein wolle ...; allein unsicher wird nur, wem seitdem, nicht wem von Anfang gegeben sein wollte; im Zweifel muß aber eben der Fortbestand des Willens vermuthet werden" (Brinz S. 961.), genauer „darf die Aenderung des Willens nicht vermuthet werden". Vgl. Windscheid §. 640. A. 8. Unger §. 61. A. 8. Widersprechend scheint aber L. 10. pr. D. de reb. dub. 34. 5. (Ulp. lib. 6. disput.) Si fuerit legatum relictum *ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit*, si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum? vel: *ei, qui monumentum fecerit*, et plures fecerint, vel: *ei, qui maximus natu est*, et duo pares aetate sint; sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate coniuncti. Sed et si duobus hominibus eiusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest. Item si ex pluribus servis eiusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem (Hal. *ademtione*) autem in utrumque valere. Findet man den Widerspruch unlösbar, wie denn Bering S. 719. A. 4. für möglich hält, daß Ulpian selbst seine Meinung gewechselt und die Kopflosigkeit der Compilatoren beide Meinungen aufgenommen habe, so muß man sich doch nach §. 13. a. E. aus innern Gründen für die Entscheidung in L. 3. §. 7. cit. erklären. Indessen fehlt es nicht an mancherlei Erklärungs- und Emendationsversuchen. So ändert Göschen in der Ztschr. f. gesch. Rtsw. I. 6. den Schluß der L. 10. cit. in den Satz: *in ademtione autem utrumque valere*. Ueber andere ältere und neuere Versuche, welche theils die L. 3. §. 7. cit., theils die L. 10. cit. aufrecht zu halten, oder auch beide durch Unterscheidung verschiedener Fälle in Einklang zu bringen suchen, vgl. das. S. 102 fg. und Arndts im Rtslex. VI. S. 298 (civ. Schr. II. S. 438.) fg.; dazu noch Huschke in Linde's Ztschr. n. F. IV. S. 288 fg. [Durch eine solche Unterscheidung sucht auch Kohler in d. Wiener Ztschr. VII. S. 714 fg. in beachtenswerther Weise zu helfen: l. 10. pr. cit. setze voraus, daß Legat und Ademtion in demselben Testamente enthalten sind, so daß eig. nur eine (unklare) datio vorläge; im Falle der L. 3. §. 7. cit. dagegen liege eine klare datio und eine unklare (und eben darum mangelhafte, unwirksame) ademtio in einer anderen letztwilligen Verfügung vor.] Wer nach L. 10. pr. cit. annimmt, daß die Ademtion auf alle Vermächtnisse zu beziehen sei (z. B. Vangerow §. 541. Sintenis §. 212. A. 16.), muß consequent dasselbe auch von einer zweifelhaften Translatio, insofern sie nach not. k. zugleich Ademtio ist, behaupten, und doch kann dieselbe als zweifelhafte Datio nicht wirksam sein; also: wenn der Testator jedem seiner 6 Brüder ein Vermächtniß gab, später das Vermächtniß eines Bruders, vergessend ihn zu nennen, auf seinen Freund X transferirt, so ist allen Brüdern das Vermächtniß genommen, und X geht ebenfalls leer aus! Gleichwohl stimmt mit Vangerow auch wieder Lang Hermeneutik S. 277.; indem er nach *debebitur* in L. 3. §. 7. cit. mit Hepp [im civ. Arch. IX. S. 377 fg.] ein? setzt (welches Sintenis erst hinter *datum sit* gestellt haben möchte), und die Frage als verneinend ansieht, desgleichen Riedel in Linde's Ztschr. n. F. XIII. S. 293 fg., aus sehr schwachen innern Gründen, in L. 3. §. 7. cit. die Lesart *neutri* statt *utrique* oder *delebitur* statt *debebitur* billigend, und Pöschmann

in Schletter's Jahrb. III. S. 252., welcher liest: ***nec appareat, cui ademtum sit, utrique*** (i. e. ***et utri***) ***legatum debeatur*** etc., was aber mit dem Nachsatz: ***dicemus neutri legatum*** logisch unverträglich ist. Dagegen Mommsen (Dig. II. pag. 173.) schlägt vor in L. 10. cit. für ***in utrumque*** zu lesen ***neutrimque***.

### 2) Aus andern Gründen.

### §. 552.

Ein Vermächtniß kann außerdem seine Gültigkeit verlieren 1) durch Verlust der Testamentifactio auf Seiten des Gebers[a]; 2) durch Wegfallen des Vermächtnißträgers, sofern nicht ein Anderer für ihn eintritt[b]; 3) durch den Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Anfall des Vermächtnisses[c] oder dessen Unfähigkeit zur Zeit des Anfalls[d]; 4) durch Untergang des Gegenstandes[e], wofern nicht der Beschwerte dafür verantwortlich ist[f]; 5) durch concursus causarum lucrativarum[g], d. h. wenn der Vermächtnißnehmer nach Errichtung des Vermächtnisses das ihm Vermachte anderweitig unentgeltlich erworben hat; 6) durch Ungültigkeit des Testaments, in oder neben welchem die Vermächtnisse hinterlassen sind, wenn auch der Grund der Ungültigkeit zunächst nur die Erbeinsetzung angeht[h] und nur nach prätorischem Rechte wirkt[i].

Anm. Ueber den Fall Nr. 5. vgl. jetzt insbesondere Arndts im Comment. Th. 46. S. 249 fg. Das Vermächtniß bleibt der Regel nach wirksam, insofern der Vermächtnißnehmer die ihm vermachte Sache nicht mit gleich günstigem Erfolg für sein Vermögen erworben hat, wie der Fall sein würde, wenn er sie jetzt erst kraft des Vermächtnisses erwürbe. Arndts S. 262 fg. vgl. Hartmann die Obligation S. 3..114.

### §. 553.

Die Regel, daß mit der Erbeinsetzung auch die Vermächtnisse fallen, erleidet jedoch bedeutende Ausnahmen: 1) vermöge der Codicillarclausel (§. 546.); 2) bei der Rescission des Testaments wegen Verletzung des Rechts des Notherben (§. 600.); 3) bei der Ungültigkeit der Erbeinsetzung wegen irriger Annahme des Todes eines Notherben oder früher eingesetzten Erben (§. 491. A. 1.), vorausgesetzt, daß nicht auch die Vermächtnisse nur auf jenem Irrthum beruhen; 4) wenn das Vermögen als erbloses

[a] cf. §. 503. not. a. b. §. 542. not. a. [b] L. un. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 29. pr. D. de legat. II. L. 19. D. de adim. leg. 34. 4. cf. §. 543. [c] L. 5. pr. D. quando dies leg. 36. 2. cf. §. 554. [d] L. 60 (59). §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. [e] §. 16..18. J. de legat. 2. 20. cf. L. 88. D. de legat. III. L. 22. D. de legat. I. L. 44. §. 2..4. L. 65. §. 2. eod. L. 39. D. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de legat. III. [f] §. 16. J. cit. L. 22. §. 2. D. de legat. III. [g] §. 6. J. de legat. 2. 20. cf. §. 267. not. b. [h] L. 3. §. 2. L. 16. D. de iure codicill. 29. 7. L. 1. §. 1. in f. D. de legat. III. L. 181. D. de R. J. cf. L. 81. D. de legat. II. L. 14. Cod. de fideicomm. 6. 42. [i] L. 1. §. 4. D. ut in poss. legat. 36. 4. L. 22. D. de minor. 4. 4.

an den Fiscus fällt (§. 608.); insbesondere 5) auch dann[a], wenn der Wegfall der Erbeinsetzung von dem Eingesetzten selbst, in der böswilligen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln[b], nicht aus einem andern Grunde[c], entweder durch Ablehnung der Erbschaft[d] oder auch wohl durch absichtliche Nichterfüllung einer Potestativbedingung[e] herbeigeführt worden ist. In diesem Falle werden die Vermächtnisse, nicht andere Verfügungen[f], nach dem prätorischen Edict aufrecht erhalten; sie können gegen den Eingesetzten geltend gemacht werden, insofern dieser auf andere Weise, namentlich als Intestaterbe[g], nicht aus singulärem Rechtsgrunde[h], die Masse der Erbschaft oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt[i] oder des Besitzes arglistig sich entäußert[k], oder wenn er für die Ablehnung einen Preis erhalten hat[l]; aber nöthigenfalls auch gegen den Dritten, welcher durch jene Arglist in den Besitz der Erbschaft gekommen ist[m]. Auch ein onerirter Vermächtnißnehmer, welcher arglistig die Ablehnung der Erbschaft bewirkt hat, kann gleicherweise in Anspruch genommen werden[n]. Wer selbst als Eingesetzter die Erbschaft ausgeschlagen, kann als Vermächtnißnehmer wegen Ablehnung anderer eingesetzter Erben jenes Recht in der Regel nicht geltend machen[o].

Anm. Ueber den Fall Nr. 5. Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 449 bis 470. — Streitig, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vermächtnisse auch dann aufrecht erhalten werden, wenn durch Ausstreichen aller Erbeinsetzungen die testamentarische Erbfolge vereitelt wird und Intestaterbfolge eintritt? L. 2. D. de his quae in testamento delentur. 28. 4. Windscheid §. 641. A. 4.; dagegen Mühlenbruch Th. 39. S. 94 fg.

## D. Erwerb der Vermächtnisse.

### §. 554.

### 1) Zeitpunkt des Erwerbs[a].

Das Vermächtnißrecht wird für den Vermächtnißnehmer von selbst[b] festgestellt in einem gewissen Zeitpunkt (dies legati vel fideicommissi *cedit*), welchen derselbe erleben und in welchem er mit dem Vermächtniß bedacht zu werden fähig sein muß[c]; darnach geht das Vermächtniß auch

[a] Dig. si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem. 29. 4. Cod. si omissa sit causa testamenti. 6. 39. [b] L. 1. pr. §. 13. L. 4. pr. D. l. c. [c] L. 5. 6. pr. §. 1. 3. L. 26. §. 1. eod. L. 77. §. 31. D. de legat. II. L. 8. §. 9. D. de inoff. test. 5. 2. [d] L. 1. §. 1. 2. 6. 7. D. h. t. [e] L. 1. §. 8. eod. [f] L. 8. 9. 22. pr. eod. [g] L. 1. pr. §. 1..4. 9. L. 6. §. 7. eod. [h] L. 30. eod. [i] L. 13..16. eod. [k] L. 1. §. 10..12. L. 6. §. 5. 6. eod. L. 2. pr. eod. L. 1. Cod. h. t. [m] L. 2. §. 1. L. 3. 4. pr. §. 1. D. eod. [n] L. 4. §. 2. eod. [o] L. 7. 10. §. 1. eod. cf. L. 22. §. 2. eod.

[a] Dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. 36. 2. Cod. quando dies legati vel fideicommissi cedit. 6. 53. [b] cf. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [c] L. 60 (59). §. 4. D. de hered. instit. 28. 5. cf. L. 5. §. 7. L. 14. §. 3. D. h. t. 36. 2.

auf dessen Erben über, sofern dies nach der Natur seines Gegenstandes möglich ist[d], und darin vorzüglich[1] liegt die Bedeutung des dies cedens legati. Die rechtliche Wirkung des Vermächtnisses aber, der Erwerb des vermachten Rechts und die Möglichkeit der Geltendmachung der Vermächtnißforderung (ubi dies legati *venit*), fällt damit nicht nothwendig zusammen[1a], ist vielmehr in der Regel weiter hinausgerückt[e]. Jener Zeitpunkt ist der Regel nach der des Todes des Erblassers; dies legati cedit mortis tempore testatoris[f]; bei bedingten Vermächtnissen aber die Zeit der Erfüllung der Bedingung, wenn diese nicht schon vor dem Tode eingetreten[g][1b]; ebenso bei Vermächtnissen mit einer Zeitbestimmung, die eine Bedingung in sich schließt[h], was im Zweifel[i] nicht nur bei einem sog. dies incertus an[k], sondern auch bei dem sog. dies incertus quando[l], insofern es ungewiß, ob der Vermächtnißnehmer ihn erlebe[m], anzunehmen ist; bei Vermächtnissen, die ihrem Gegenstande nach doch nicht auf die Erben übergehen können, der Zeitpunkt möglicher Geltendmachung[n]. Dieser aber tritt nicht vor dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben ein[2], und nicht vor Eintritt der beigefügten Zeitbestimmung[o].

Anm. [1] [Wenn auch nicht allein; eine andere Wirkung des dies cedens s. in L. 5. §. 7. D. quando dies. 36. 2. Vgl. Rivier §. 71.]

[1a] In diesem Sinn ist allerdings „der Zeitpunkt des Erwerbes und der dies cedens des Vermächtnisses nicht eins"; Brinz Pand. S. 948.; dieser will daher die Wirkung des dies cedens mit Regelsberger (vom Altersvorzug der Pfandrechte S. 116.) durch das Wort „Anfall" statt „Erwerb" bezeichnet haben, wie auch oben in §. 550. 552. in diesem Sinn „Anfall" des Vermächtnisses verstanden wurde. Vgl. auch Crailsheim „vom Erwerbe der Vermächtnisse" im civ. Arch. XLVII. 21. S. 368 fg. 374 fg. [Wenn der Ausdruck „Erwerb des Vermächtnisses" bedenklich ist,] (Windscheid §. 642. A. 4., [Strohal Transmission S. 41.] andererseits Unger §. 62. A. 2. 3. Bürkel Beitr. z. L. v. Nießbrauch. S. 125. A. 1.), [so ist der andere Ausdruck noch bedenklicher. Denn zwischen „Anfall des V." und „Anfall des Erbrechts" besteht keine Analogie; *α*) von necess. her. abgesehen — hätte es nur solche gegeben, so wäre der Unterschied von delatio und acquisitio nie aufgestellt worden — bedarf es zum Erwerbe des angefallenen Erbrechtes einer Willenserklärung, zum Erwerbe des „angefallenen" V. nicht; *β*) andererseits ist mit der Annahme des angefallenen Erbrechtes der Erwerb vollendet (L. 151. D. de V. S.), Annahme des V. nach dem d. ce-

[d] L. 5. pr. eod. cf. L. 2. 3. eod. [e] L. 21. D. eod. cf. L. 213. pr. D. de V. S. §. 73. A. 6. L. 5. §. 1. L. 7. D. eod. L. 6. Cod. eod. L. un. §. 1 c. (1.) 5. Cod. de cad. toll. 6. 51. [f] L. 5. §. 2..5. L. 7. §. 5. L. 22. §. 1. D. eod. L. 41. 69. 107. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 65. §. 1. D. de legat. I. [g] L. 21. pr. D. h. t. 36. 2. [h] L. 26. §. 1. eod. L. 5. Cod. h. t. 6. 53. L. 48 (46). D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [i] L. 21. pr. D. h. t. L. 36. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 49. §. 1..3. D. de legat. I. cf. L. 3. Cod. h. t. [k] L. 4. 13. D. h. t. L. 1. §. 2. L. 79. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. L. 12. §. 1. D. de legat. II. L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. D. de legat. III. [l] L. 4. D. h. t. L. 79. pr. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 73. not. d..b. [m] L. 2. 3. 5. §. 1. D. h. t. cf. Dig. quando dies ususfructus legati cedat. 7. 3. [n] L. 7. pr. L. 21. D. h. t.

dens, aber vor dem d. veniens nützt nichts; γ) das blos angefallene Erbrecht wird der Regel nach (vollends im class. R.) nicht transmittirt, während die hauptsächliche Bedeutung des d. cedens gerade die Sicherung der Erben des Legatars ist. — S. noch Arndts im Commentar. Th. 48. S. 248 fg., und überhaupt zu diesem §. das. S. 199 bis 254.; und civ. Schr. II. S. 443 fg.]

1b [Erlebt der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht, so kann das Vermächtniß nicht auf seine Erben übergehen. Ausführlich hierüber Strohal a. a. O. S. 25..46.]

2 In Ermangelung dessen kann sogar das Vermächtniß noch ganz hinfällig werden. §. 503. Nr. 2. §. 552. Nr. 2. 6. Daß der dies legati cedens nicht an die Erbantretung geknüpft wurde, dafür lag ein entscheidendes Motiv in der Erwägung, daß es sonst dem Erben möglich wäre, durch Verzögerung der Erbantretung den Bestand des Vermächtnisses zu vereiteln, indem er den Tod des etwa schon kranken oder bejahrten Vermächtnißnehmers abwartete.

## §. 555.

### 2) Annahme und Ablehnung.

Der Vermächtnißnehmer erwirbt das Recht des Vermächtnisses zwar ohne Willen[a], aber nicht wider Willen; er selbst oder sein Erbe kann es ablehnen (*repudiare* legatum); durch die nach Eintritt des Zeitpunktes möglicher Geltendmachung (postea quam dies legati venit) erklärte Ablehnung[b] wird das Vermächtniß völlig vereitelt[c], durch die einmal erklärte Annahme die Ablehnung ausgeschlossen. Von mehreren Vermächtnissen kann der Bedachte das eine annehmen, das andere ablehnen, sofern dies nicht dem Willen des Erblassers offensichtlich zuwider ist[d]; dasselbe Vermächtniß kann der Vermächtnißnehmer nicht zum Theil ablehnen, zum Theil annehmen[e], wohl aber kann, wenn er sich noch nicht erklärt hatte, jeder seiner Erben für seinen Antheil unabhängig von den Miterben annehmen oder ablehnen[f].

Anm. Die bisher herrschende Lehre, wornach der Erwerb des Vermächtnisses und des vermachten Rechts ipso iure, ohne Wissen und Willen des Berechtigten, eintritt, aber durch hinterher erklärte Ablehnung rückgängig wird, ist lebhaft angefochten von Köppen in den dogmat. Jahrb. V. 4. S. 184 fg. [und XI. S. 196 fg.] Erbr. S. 267 fg., nach dessen Meinung der Erwerb immer erst durch die erklärte Annahme, wie der Erwerb der Erbschaft durch die Antretung vollendet sein und zwischen beiden in dieser Beziehung wesentlich nur der Unterschied bestehen soll, daß die Möglichkeit der Annahme des Vermächtnisses post diem legati cedentem regelmäßig auch auf die Erben des Bedachten übergeht. Dagegen Unger Erbr. §. 62. A. 2. Windscheid §. 643. [A. 2. Eine ausführlich begründete Widerlegung von Köppen's Theorie gibt Arndts in der Fortsetzung von Glück Th. 48. S. 274 fg.] Vgl. unten §. 560. A. 2.

a L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 16. §. 1. D. qui test. fac. 28. 1. L. 24. pr. D. de O. et A. 44. 7. L. 3. 5. 6. Cod. h. t. 6. 53. b §. 45. §. 1. D. de legat. II. c L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. L. 86. §. 2. D. de legat. I. d L. 5. D. de legat. II. e L. 4. 6. 23. D. eod. cf. L. 58. eod. f L. 38. pr. D. de legat. I.

## §. 556.

### 3) Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen[1].

Erwirbt ein Vermächtnißnehmer das Vermächtniß nicht, so gereicht dies in der Regel, wenn nicht ein Substitut an seine Stelle tritt (§. 549.), dem Vermächtnißträger zum Vortheil, der dadurch von der Last befreit wird.

Sind aber mehrere zu einem Vermächtniß verbunden (*collegatarii*), so beschränken sie einander nur, sofern sie alle dasselbe wirklich erwerben[a]; das Wegfallen eines derselben befreit die übrigen von seiner Theilnahme[2]; ihr Recht erstreckt sich nun auch auf dessen Antheil[b]. 1) Sind sie nur durch die Identität des ihnen vermachten Gegenstandes verbunden (re coniuncti)[3], so tritt diese Mehrung ihres Rechts durch Wegfall eines Theilnehmers von selbst ein, und die diesem auferlegten Lasten treffen sie nicht. 2) Sind sie aber in derselben Verfügung mit demselben Vermächtniß gemeinschaftlich bedacht (re et verbis coniuncti), so steht es ihnen frei, den frei gewordenen Theil entweder abzulehnen oder mit seinen Lasten zu übernehmen[4], und zwar dieses mit Ausschließung anderer Collegatare der ersten Art[c]. 3) Unter solchen, die, blos im Ausdruck verbunden, mit verschiedenen Vermächtnissen, wenn diese auch Theile derselben Sache zum Gegenstande haben, bedacht sind (verbis coniuncti)[5], gibt es kein Anwachsungsrecht[d], ausgenommen sofern sie in dem ihnen bestimmten Theil durch Beifügung eines gemeinschaftlichen Collegatars (re coniunctus) verkürzt sind[6], in welchem Fall aber auch von denjenigen, denen in getrennten Verfügungen Theile derselben Sache vermacht sind, dasselbe gilt[e]. — Der unzweifelhafte Wille des Erblassers ist übrigens in jedem Falle vor allem entscheidend[f][7].

Anm. 1 Vgl. die Lit. in §. 518. A. 1. und dazu Schneider das altcivile und Justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducarischen Bestimmungen der lex Jul. et Pap. Popp. 1837. (rec. von Huschke in den krit. Jahrb. II. S. 307 fg.) [bes. aber van Wetter droit d'accroissement entre colégataires. Brüssel 1866. Gekrönte Preisschrift von 434 SS. Lex. 8.] — Unger Erbr. §. 63. Arndts im Comment. Th. 48. S. 1..198. (vrbr. Serafini im Arch. giurid. XIV. p. 38 sq. [Samter das Anwachs.R. unter Vermächtnißnehmern im R. R., im civ. Arch. LX. 2. Strohal Transmission. (1879) S. 115..138. Ueber die Anwachsung beim Nießbrauch s. unten §. 575.]

[a] L. 80. D. de legat. III. cf. L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 34. §. 10. D. de legat. I. [b] §. 8. J. de legat. 2. 20. cf. L. 85. D. de legat. I. [c] L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 34. pr. D. de legat. I. cf. L. 89. D. de legat. III. [d] L. 1. pr. L. 11. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 84. §. 12. D. de legat. I. cf. L. 67 (66). D. de hered. instit. 28. 5. L. 142. D. de V. S. [e] L. 41. pr. D. de legat. II. [f] arg. L. un. §. 11. Cod. 6. 51.

[2] Durch die *lex Papia Poppaea* war bei Vermächtnissen wie bei testamentarischer Erbfolge das alte Accrescenzrecht, ausgenommen für Descendenten und Ascendenten, ausgeschlossen, dagegen eine caducorum vindicatio zu Gunsten der heredes und legatarii patres und nach diesen des Aerars (später des Fiscus) eingeführt, welche sowohl dem Vermächtnißträger als Vermächtnißnehmer (Collegatar) den Vortheil entzog, der diesem sonst aus der gänzlichen oder theilweisen Caducität des Vermächtnisses erwuchs. Ulp. XVII. 2. XVIII. XXIV. 12. 13. Gai. II. 206..208. 286. Nach einer allerdings möglichen Deutung der ersten Stelle Ulpian's hätte schon Caracalla die caducorum vindicatio der patres zum Vortheil des Fiscus beseitigt, wobei aber zugleich als wahrscheinlich angenommen wird, daß dessen Nachfolger diese Verordnung wieder aufgehoben habe. Rudorff in der Ztschr. f. gesch. Rtw. VI. S. 424. Burchardi in Bekker's Jahrb. V. S. 22. [v. Wetter p. 263 sv.] Justinian hat endlich dieselbe ganz beseitigt, auch die zu Gunsten des Fiscus, und dadurch das Anwachsungsrecht wieder hergestellt, wie durch die a. 534. erlassene L. un. Cod. de caducis tollendis. 6. 51. näher bestimmt worden, aber nach der const. *Dedit* §. 6 b. (6) schon bei Abfassung der Digesten beabsichtigt war. [Vgl. zu dieser Anm. übhpt. v. Wetter p. 155..285.]

[3] Ueber die Bedeutung der Coniunctio bei Vermächtnissen vgl. a) L. 80. D. de legat. III. Coniunctim heredes institui aut coniunctim legari hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. Cf. L. 1. pr. §. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. b) §. 8. J. h. t. Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si (vero) alter deficiat ... totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego;* sed et si expresserit: *eundem hominem Stichum,* aeque disiunctim legatum intelligitur. Cf. L. 36. §. 2. D. de legat. I. c) L. 89. D. de legat. III. (Paul. ad leg. Jul. et Pap. Popp.) Re coniuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re: *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego* . . . Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est; quodsi re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem; si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit? et magis est, ut et ipse praeferatur. Arndts im Comment. Th. 46. S. 476 fg.

[4] Nach älterem Rechte war in dieser Lehre sehr einflußreich der Unterschied zwischen dem legatum per vindicationem und per damnationem, welchem letzten das Fideicommiß gleich stand, Gai. II. 199. 205. 223. Ulp. XXIV. 12. 13., wovon auch noch Spuren in den Digesten: vgl. not. a. b. mit L. 16. pr. L. 34. §. 9. L. 84. §. 8. D. de legat. I. L. 7. D. de legat. II. L. 38. §. 2. D. de legat. III. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legat. I. [v. Wetter p. 40..73.] Arndts a. a. O. S. 477 fg. Aber dagegen L. un. §. 11. cit. (not. c.): Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc coniunctim relinquatur, et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. §. 11 a. Sin vero pars quaedam ex his deficiat, (sancimus) eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est: cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. §. 11 b. Sin autem disiunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere

et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat. §. 11 c. .. nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio singulis in solidum praestetur. §. 11 d. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida eius sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur; sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit ... sed apud ipsum, qui habet, solida res maneat (Hal. remaneat), nullius concursu deminuta. §. 11 e. Et ideo si onus fuerit in persona(m) eius, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo (ad)impleat ...; §. 11 f. Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum (tantum) legatum imminutum habet. Vgl. L. 33. D. de legat. I. §. 8. J. de legat. 2. 20. Arndts Th. 46. S. 495 fg. Th. 48. S. 5 fg. Diese Bestimmung ist nun überall anwendbar, sowohl wenn das Vermächtniß zunächst nur eine Forderung, als wenn es unmittelbar Eigenthum gibt, sowohl wenn es eine Geldsumme oder Quantität, als wenn es andere Sachen zum Gegenstande hat. Vgl. Seuffert's Arch. III. 83. — Ueber den Fall insbesondere, wenn dieselbe Sache Mehreren theils disiunctim, theils coniunctim vermacht ist, also re coniuncti und re et verbis coniuncti zusammentreffen (not. c.) vgl. noch Arndts Th. 46. S. 506 fg.

5 Daß blos verbis coniuncti kein Accrescenzrecht haben, ist unzweifelhaft bei völliger Verschiedenheit des Gegenstandes; es muß jedenfalls idem aliquid sein, was Mehreren hinterlassen ist. L. 84. §. 12. D. de legat. I. Manche (z. B. Mühlenbruch §. 790. not. 5. Rudorff in der Ztschr. VI. S. 426.) sind aber anderer Meinung für den Fall, wenn bestimmte Theile desselben Ganzen in demselben Satze Mehreren hinterlassen sind, welche nämlich vorzugsweise unter verbis coniuncti verstanden werden, und zwar theils wegen L. un. §. 11. cit., „die in der That nichts von einem Accrescenzrecht der bloßen verbis coniuncti enthält", theils wegen L. 89. D. de legat. III. (A. 3.), „die ihrem wahren Sinne nach gar nicht von dem Accrescenzrecht, sondern von der Vindication des Caducum handelt, und die im Justinianischen Recht nur allenfalls den Sinn haben kann, daß sie in dem Fall der Note (e.) dem verbis coniunctus einen Vorzug, bis er das ihm ursprünglich Bestimmte hat, einräumt". Puchta §. 542. [not. c.] Vangerow §. 547. Dworzak in Haimerl's Vjschr. VIII. S. 55. 73 fg. Genau besehen behaupten jene, ein solcher verbis coniunctus sei eigentlich re et verbis coniunctus, und so viel muß allerdings zugegeben werden, daß ungeachtet der Theilbestimmung doch eine Gemeinschaft des Vermächtnisses beabsichtigt und somit auch das ius accrescendi statthaft sein kann; es ist dies eine Frage der Willensauslegung, arg. L. 15. §. 1. L. 16. §. 2. D. de legat. I. L. 5. §. 1. L. 6. 7. D. de reb. dub. 34. 5. Seuffert §. 621. not. 5. b. Seuffert's Arch. II. 211. XIV. 104. Unhaltbar aber ist die Behauptung Burchardi's in Bekker's Jahrb. V. 1., daß nach L. un. cit. dies in jedem Fall, wenn Mehrere, ob auch mit ausdrücklicher Theilbestimmung, zu einem Vermächtniß berufen sind, anzunehmen und eine davon abweichende Willensauslegung gesetzlich schlechthin ausgeschlossen sei, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil ausgesprochen habe. Vgl. Unger §. 68. A. 5. Windscheid §. 644. A. 13. Arndts Th. 48. S. 30 fg. [v. Wetter p. 318..332.]

6 Darüber und zur Erklärung der L. 41. pr. cit. (not. e.) vgl. insbesondere Dworzak a. a. O. S. 78 fg. Windscheid a. a. O. Arndts Th. 48. S. 53 fg. [v. Wetter p. 85 sv. Strohal S. 122 fg.] — Eine Ausschließung des Accrescenzrechts wie der Theilung des Vermächtnisses durch die Concurrenz wird insbesondere auch dann angenommen, wenn Mehreren dieselbe Sache zur Last verschiedener Vermächtnißträger vermacht ist. L. 11. 12. D. de usufr. accresc. 7. 2. [v. Wetter p. 111 sv. 321.]

[7 Vgl. Windscheid §. 644. Z. 1., Strohal S. 115., Dworzak S. 1 fg.]

## §. 557.

### 4) Aufhebung des Erwerbs.

Der Erwerb eines Vermächtnisses kann [von der Ablehnung, s. §. 555., abgesehen] wie der der Erbschaft rückgängig gemacht werden durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Erwerb, deren es aber nur bedarf, wenn durch die Annahme des Vermächtnisses Lasten übernommen sind, die dem Vermächtnißnehmer zum Nachtheil gereichen.

Ohne Willen desselben kann der Erwerb rückgängig werden: 1) durch Eintritt einer Resolutivbedingung, 2) durch später eintretende Unwirksamkeit der Erbeinsetzung, von der das Vermächtniß abhängt (§. 519. 520. 552.), 3) durch Entreißung desselben wegen Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers, die aber auch hier, wie bei der Erbschaft, ungeachtet erklärter Ablehnung des Unwürdigen stattfindet.

Anm. Die Gründe der Entreißung wegen Unwürdigkeit sind für Vermächtnisse größtentheils dieselben, wie für Erbschaften. Von den in §. 520. A. 2. genannten Fällen gehören auch hieher die unter 1. a..h. und 2. a..d. Dazu kommen folgende besondere Fälle für Vermächtnisse, in welchen diese wegen Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers zum Vortheil des Vermächtnißträgers vereitelt werden: 1) wenn der Vermächtnißnehmer das Testament verheimlicht hat, L. 25. Cod. de legat. 6. 37.; 2) wenn derselbe etwas aus der Erbschaft entwendet hat, in welchem Fall er so viel, als dessen Werth beträgt, am Vermächtniß einbüßt, L. 5. Cod. eod. cf. L. 50 (48). D. ad Sc. Trebell. 36. 1.; 3) wenn er nach Errichtung des Vermächtnisses den Erblasser beschimpft hat, und nicht ohnehin wegen stillschweigender Willensänderung dasselbe als unwirksam anzusehen ist. L. 1. 9. §. 1. D. de his quae ut indign. 34. 9. L. 31. §. 2. D. de adim. legat. 34. 4.

## E. Das Recht des erworbenen Vermächtnisses.

### 1) Die Vermächtnißforderung.

## §. 558.

Das Vermächtniß erzeugt eine Forderung [1] des Vermächtnißnehmers gegen den Vermächtnißträger, quasi ex contractu [a], mit einer persön-

[a] §. 5. J. de obl. quasi ex contr. 3. 27. cf. §. 525.

lichen Klage[b], personalis actio ex testamento oder *actio legati*. Die Klage geht auf vollständige und wirksame Gewährung desjenigen, was der Erblasser dem Kläger durch das Vermächtniß zuwenden wollte[c], worin auch Früchte begriffen sein können[d]; auf den Schätzwerth, wenn die eigentliche Leistung, obwohl an sich nicht unmöglich, doch dem Verpflichteten, ohne sein Verschulden, nur mit unbilliger Beschwerung oder gar nicht zu beschaffen möglich ist[e]; auf Ersatz, sofern durch dessen Verschulden (dolus oder culpa, und zwar in der Regel levis culpa, unter Umständen nur lata culpa oder Mangel der diligentia quam suis rebus) die Leistung vereitelt ist[f], desgleichen im Fall des Verzuges[g], wonach insbesondere auch für entgangene Früchte und Zinsen Ersatz zu leisten ist[h]. Bei Vermächtnissen zu mildem Zweck tritt selbst ohne Mahnung die Verbindlichkeit zum Ersatz der Früchte und Zinsen von der Todeszeit an ein, wenn sie nicht in 6 Monaten nach der Bekanntmachung des letzten Willens entrichtet sind[i], und muß das Doppelte gezahlt werden, wenn der Verpflichtete es zur Klage kommen läßt[k].

Die Vermächtnißklage findet nicht statt, bevor dies legati venit[l]. Ist jedoch das Vermächtniß an eine negative Potestativbedingung geknüpft, deren Erfüllung erst durch den Tod des Vermächtnißnehmers entschieden werden kann[m] oder vor diesem nur durch den schicklich nicht vorauszusetzenden Tod einer nahe verbundenen andern Person[n], so kann der Vermächtnißnehmer die Entrichtung des Vermächtnisses, gleichwie eines unbedingten, fordern, falls er Sicherheit (*Muciana cautio*) dafür leistet, daß im Fall der Nichterfüllung der Bedingung das Empfangene nebst den Früchten werde zurückerstattet werden[o].

Anm. [[1] Und zwar selbst dann, wenn es auch einen dinglichen Anspruch gewährt. Ob schon seit dem Sc. Neronianum auch ein gültiges Vindications-Legat als Damnations-Legat geltend gemacht werden konnte, ist bestritten (darüber und dafür Arndts im Comm. Th. 46. S. 39 fg., vgl. S. 53 fg.); unzweifelhaft aber erzeugt nach Justin. R. (not. b.) jedes gültige Vermächtniß ein Forderungsrecht. Vgl. §. 579., Anm. 2.]

[b] L. 1. [2.] Cod. commun. de legat. et fideicomm. 6. 43. §. 2. J. de legat. 2. 20. [c] L. 11. §. 25. D. de legat. III. cf. L. 44. §. 9. L. 116. §. 4. D. de legat. I. L. 39. pr. eod. [d] L. 3. §. 3. D. de usur. 22. 1. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 43. §. 2. D. de legat. II. L. 21. §. 2. D. de ann. leg. 33. 1. [e] L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. D. de legat. III. L. 71. §. 3. 4. D. de legat. I. [f] L. 47. §. 4. 5. D. de legat. I. L. 26. §. 1. eod. cf. L. 108. §. 12. eod. L. 23 (22). §. 3. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. §. 250. A. 1. [g] L. 39. §. 1. L. 47. §. 6. D. de legat. I. L. 3. Cod. de usur. et fruct. 6. 47. [h] L. 78. §. 2. L. 84. D. de legat. II. L. 26. D. de legat. III. L. 3. pr. D. de usur. 22. 1. L. 1. 2. 4. Cod. de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum. 6. 47. cf. L. 23. D. de legat. I. Gai. II. 280. [i] Nov. 131. cap. 12. cf. L. 45 (46). §. 4. Cod. de episcop. 1. 3. [k] §. 19. 23. 26. J. de act. 4. 6. §. 1. J. de poena tem. lit. 4. 16. cf. L. 45 (46). §. 7. Cod. l. c. §. 252. A. 1. b. [l] cf. §. 554. not. e. [m] L. 72. §. 2. L. 73. 101. §. 3. L. 106. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. L. 7. pr. §. 1. eod. [n] L. 72. pr. §. 1. eod. [o] L. 18. D. eod. cf. §. 496. not. k.

[2] Vgl. zu diesem §. Unger Erbr. §. 64. [Zu not. g. h. insbes. Brügger über den Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte, München 1877. Drbr. J. Merkel in d. Jen. Litztg. 1878. Nr. 23.]

## §. 559.

1) Die Vermächtnißforderung ist gesichert durch ein gesetzliches **Pfandrecht** an denjenigen Gütern, welche der Verpflichtete vom Erblasser erhalten hat[a]. 2) Außerdem kann der Vermächtnißnehmer, wenn die Entrichtung des Vermächtnisses wegen einer Nebenbestimmung oder anderer Hinderungen Aufschub erleidet, **Caution** fordern[b] und, wenn diese nicht gewährt wird, **Einweisung** in den Besitz aller aus der Erbschaft herrührenden Güter des Verpflichteten[c], nach Umständen auch der arglistig veräußerten[d], erlangen, ausgenommen, wenn der Erblasser die Caution erlassen[e], oder der Vermächtnißnehmer ausdrücklich[f] oder stillschweigend durch Anstellung der Klage[g] darauf verzichtet hat, oder derselbe ohnehin sicher gestellt ist[h], und wenn der Verpflichtete aus persönlichen Gründen von der Cautionsleistung gesetzlich befreit ist[i]. 3) Wenn sodann der Verpflichtete, nachdem er bei dem zuständigen Richter belangt worden, noch sechs Monate die Entrichtung des Vermächtnisses verzögert, so soll dem Vermächtnißnehmer die Besitzeinweisung selbst in andere Güter desselben gewährt werden (sog. missio in possessionem Antoniniana), mit dem Recht, sich aus deren Früchten Bezahlung zu verschaffen[k].

Anm. [Kniep de cautione et missione leg. s. fidc. serv. c. Rostock. 1872. Rivier §. 75.] Was die erwähnten missiones in bona betrifft, so sind Einige, trotzdem daß a. 533. 534. noch drei ausführliche Titel darüber in Pandekten und Codex aufgenommen worden, der Meinung, sie seien von Justinian schon im J. 529. durch L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. (cf. L. 3. §. 2. eod.) aufgehoben. Löhr im Mag. III. S. 195. im civ. Arch. V. S. 208. Sintenis §. 35. A. 38. §. 211. A. 12. Vgl. dagegen Marezoll in Linde's Ztschr. IX. S. 125 fg. 305 fg. Arndts im Rtslex. VI. S. 307 fg. (civ. Schr. II. S. 447). Bachofen Pfandr. I. S. 301..326. Mit mehr Recht wird die heutige Anwendung in Abrede gestellt von Sintenis a. a. O. Seuffert §. 617. A. 2., vgl. oben §. 372. A. 1. Dernburg Pfandr. I. §. 40. Windscheid §. 648. A. 14. 15. — Unger §. 65.

[a] L. [1.] 2. Cod. comm. de legat. 6. 43. cf. §. 373. A. 3. e. [b] Dig. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. 36. 3. [c] Dig. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa esse liceat. 36. 4. Cod. ut in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa mittatur et quando satisdari debeat. 6. 54. [d] L. 5. §. 5. L. 8. 15. D. 36. 4. L. 6. Cod. l. c. 6. 54. [e] L. 2. 7. Cod. l. c. L. 12. D. h. t. 36. 3. [f] L. 46. D. de pact. 2. 14. [g] L. 1. §. 9. 10. D. h. t. 36. 3. [h] L. 1. §. 2. D. h. t. 36. 4. cf. L. 1. §. 11. D. 36. 3. [i] Cf. α) L. 1. §. 18. D. h. t. 36. 3. β) L. 6. §. 1. eod. §. 93. A. 3. γ) L. 7. eod. L. 52 (50). D. ad Sc. Trebell. 36. 1. §. 434. A. 1. δ) L. 6. pr. §. 1. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. Nov. 22. cap. 41. §. 417. not. g. [k] L. 5. §. 16..25. D. h. t. 36. 4. L. 6. Cod. h. t. 6. 54.

## §. 560.

### 2) Dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß.

Durch Vermächtniß kann dem Vermächtnißnehmer auch unmittelbar Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht erworben werden, so daß er dasselbe sofort durch dingliche Klage gegen jeden kann geltend machen [a]. Dies setzt aber voraus, nicht nur, daß der Erblasser jenes gewähren wollte, sondern auch, daß das Eigenthum der Sache, an welcher dasselbe gewährt werden soll, oder auch das fragliche Recht selbst, falls es nämlich ein vererbliches ist, in dem erbschaftlichen Vermögen enthalten sei [1]. Der Erwerb des dinglichen Rechts tritt *ipso iure* ein [2], wenn dies legati cedit et *venit* [b], alsdann aber als unmittelbar vom Erblasser abgeleiteter Erwerb [c], daher auch ungeachtet der vom Vermächtnißträger inzwischen vorgenommenen Veräußerung [d], so zwar [e], daß in Folge derselben die Vindication des Vermächtnißnehmers auch nicht durch ordentliche Ersitzung ausgeschlossen sein soll [3].

Anm. [1] Nach älterem Recht gab nur das legatum per vindicationem ein dingliches Recht und eine dingliche Klage, das legatum per damnationem nur eine personalis actio, das Fideicommiß eine extraordinaria persecutio, wobei aber zudem noch eine missio in rem dem Vermächtnißnehmer zu Hülfe kam. Justinian hat diese aufgehoben und jene Unterschiede beseitigend in jedem Fall personalis actio und in rem actio, wo die materiellen Voraussetzungen direkter Zuwendung eines dinglichen Rechts durch den Erblasser vorhanden sind, gewährt. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. vgl. §. 541. A. 2. Mayer a. a. O. §. 7..9. Mit Unrecht aber ist behauptet worden, daß dieses auch dann der Fall sei, wenn das Vermächtniß eine Sache des Erben oder sonstigen Vermächtnißträgers zum Gegenstande hat. Vgl. Arndts im Rtslex. VI. S. 310. (civ. Schr. II. S. 449.) und im Comment. Th. 46. S. 56 fg. Vangerow II. §. 531. Seuffert §. 618. not. 4 a. Mayer a. a. O. S. 25., womit auch übereinstimmen Dernburg Pfandr. I. §. 34. Köppen in d. dogmat. Jahrb. V. S. 201. A. 187. arg. L. 9. Cod. de test. manum. 7. 2. L. 112. §. 1. D. de legat. I. §. 16. J. de legat. 2. 20. cf. L. 20. D. qui et a quibus manum. 40. 9. [Zu L. 1. Cod. cit. vgl. de Gioannis (s. §. 579.) p. 126 sq.]

[2] Unter den ältern Juristen bestand bezüglich des legatum per *vindicationem* ein Schulstreit darüber, a) ob der Legatar das Eigenthum der vermachten Sachen ipso iure erwerbe, wie die Sabinianer behaupteten, oder erst durch die erklärte Annahme? b) darüber, ob beim bedingten Legat nach Antretung der Erbschaft die Sache einstweilen als dem Erben oder, wie die Proculianer sowohl in diesem Falle als beim unbedingten Legat für die Zeit nach Antretung der Erbschaft bis zur erklärten Annahme des Legats behaupteten, als keinem gehörig zu betrachten sei und erst ex post-

[a] L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43. [b] L. 69. pr. D. de legat. I. L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. cf. L. 38. D. de legat. II. L. 7. §. 5. D. de dolo. 4. 3. L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. 9. 2. [c] L. 80. D. de legat. II. L. 65 (64). D. de furt. 47. 2. cf. L. 38. §. 1. D. de legat. I. L. 86. §. 2. eod. §. 555. [d] L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I. L. 105. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 128. not. b. [e] L. 3. §. 2. 3. Cod. comm. de legat. 6. 43. cf. §. 162. A. 4. b.

facto sich entscheide, wem sie in der Zwischenzeit gehört habe? Gai. II. 194. 195. 200. In beiden Punkten ist die Ansicht der **Sabinianer** im Justinianischen Recht anerkannt. **Arndts** im Rtslex. VI. S. 324 (civ. Schr. II. S. 464) fg. [Fortsetzung von Glück Th. 48. S. 254..352.] Unbestreitbar ist dies bezüglich der Frage b), ob die unter Bedingung per vindicationem legirte Sache pendente conditione im Eigenthum des Erben oder einstweilen ohne Eigenthümer war: L. 66. D. de rei vind. 6. 1. L. 12. §. 2. D. fam. ercisc. 10. 2. L. 1. §. 4. D. de Sc. Silan. 29. 5. L. 32. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 1. D. qui et a quib. 40. 9. Und in diesem Punkte war auch praktisch die Sabinianische Ansicht entschieden vorzuziehen; denn das Eigenthum des Erben ließ die Sache inzwischen nicht schutzlos und gefährdete doch nicht das künftige Recht des Legatars, weil es mit der Beschränkung behaftet war, daß es existente conditione ohneweiters und ungeschmälert dem Legatar zukam (not. c. d. §. 71. A. 4. d. §. 128. not. b. c.). [**Arndts** im Comm. Th. 48. S. 338 fg.] Bezüglich des ersten Punktes unter a) dagegen ist neuestens behauptet worden, die ältere Ansicht der Sabinianer sei von diesen selbst in Folge eines Rescripts von Antoninus Pius, das allerdings dem Sabinianer Gaius einen in der That unbegründeten Skrupel erregt hat, aufgegeben und die Ansicht der Proculianer die herrschende geworden und geblieben (**Pöschmann** obs. ad ius anteiust. et iustin. triga. Lipsiae 1857. und mit ihm **Dietzel** in der Heidelb. krit. Ztschr. V. S. 554 fg.: dagegen **Fitting** im civ. Arch. XLII. S. 147 fg. [**Arndts** Th. 48. S. 270 fg.]), und dieselbe Behauptung hat ausführlich zu begründen versucht **Köppen** a. a. O. S. 184 fg. 377., vorzüglich auf L. 13. D. de cond. inst. 28. 7. und L. 3. D. de serv. leg. 33. 3. Gewicht legend, dem auch **Baron** Gesammtrechtsvh. S. 427. 435. beistimmte; dagegen aber **Unger** §. 62. A. 2. **Crailsheim** im civ. Arch. XLVII. 21. **Windscheid** §. 643. A. 2., auch **Baron** Pand. §. 443. 445. 450. In der That wird **Köppen's** Meinung allein schon durch die von ihm selbst als unüberwindlich anerkannte L. 19. §. 1. cit. (not. b.) widerlegt, mit welcher die L. 38. §. 1. D. de leg. I. von demselben Verfasser Pomponius nicht im mindesten in Widerspruch steht, eben so wenig wie L. 7. §. 9. Cod. de cur. fur. 5. 70., die vielmehr beide den klarsten Ausdruck der ursprünglichen Sabinianischen Ansicht über die Wirkung der repudiatio legati nach Gai. II. 195. enthalten. Auch wird die Sabinianische Ansicht bestätigt durch L. 16. §. 1. D. de testam. 28. 1. L. 24. pr. D. de O. et A. 44. 7., indem hier Erwerb des Vermächtnisses durch einen Wahnsinnigen anerkannt ist, und durch L. 5. §. 8. D. de reb. eor. 27. 9., wornach „fundum legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest . . quum res sit pupilli", welche Stelle **Köppen** a. a. O. S. 189., im Erbr. S. 261. A. 34., unrichtig erklärt, indem er res nach L. 5. pr. D. de V. S. in weiterem Sinne nimmt und so darunter auch das Vermächtnißrecht versteht, übersehend, daß nach der Oratio Severi, die Ulpian allein im Auge haben konnte, nur zur Veräußerung eines dem Pupillen gehörigen praedium rusticum oder suburbanum, also des fundus, nicht einer res in jener weiteren Bedeutung, praetoris auctoritas erfordert wurde. Allerdings wird in anderen Beziehungen die Ablehnung eines Vermächtnisses nicht als Minderung des schon erworbenen Vermögens angesehen; L. 6. pr. §. 4. D. quae in fraud. cred. 42. 8. L. 1. §. 6. D. si quid in fraud. patroni. 38. 5. cf. L. 5. §. 5. D. de iure dot. 23. 3. L. 5. §. 14. D. de donat. int. v. et u. 24. 1.; und das stimmt zu Köppen's Ansicht; es erklärt sich aber auch nach der sonst anerkannten Sabinianischen Ansicht, nach welcher in Folge der repudiatio legati es so anzusehen ist, als hätte der Legatar das Vermachte nie ge-

habt, und so erklärt es auch der Sabinianer Julianus in L. 1. §. 6. cit. „quamvis enim legatum retro nostrum sit, *nisi* repudietur, attamen, cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est", vgl. Windscheid a. a. O. Uebrigens wenn es richtig wäre, daß seit Antoninus die Sabinianische Ansicht in diesem Punkte der Proculianischen gewichen sei, so müßte consequent doch für das spätere Recht behauptet werden, daß in der Zwischenzeit vom Antritt der Erbschaft bis zur erklärten Annahme des Vermächtnisses die vermachte Sache nicht herrnlos, wie die Proculianer annahmen, sondern im Eigenthum des Erben sei, wie die Sabinianer beim bedingten Legat pendente conditione annahmen, und so käme man zu der Construction des Verhältnisses, welche Jhering in d. dogmat. Jahrb. X. S. 480., nach verwerfender Kritik der römischen, als „die einzige zutreffende" aufstellt, indem er sich mit Köppen ganz einverstanden erklärt, in Betreff des bedingten Vindicationslegats aber ohnehin die Sabinianische Ansicht als die sachgemäße anerkennt S. 496 fg. [S. jetzt bes. Arndts Th. 48. S. 274..317.] Neue Ansichten hierüber entwickelt Köppen, im Zusammenhang mit seiner Theorie über successive Entstehung der Rechtsverhältnisse, in d. dogm. Jahrb. XI. S. 182..185. 205..218. vgl. mit S. 196..204. [Dagegen Arndts a. a. O. S. 317..333.]

[3] [In Folge schlechter Abfassung der L. 3. §. 2. 3. C. comm. de leg. 6. 43. sind die Meinungen über Umfang und Bedeutung des Veräußerungsverbotes getheilt. Vgl. Göschen II. S. 185.] Mayer a. a. O. §. 9. E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalfideicommissen nach R. R. München 1854. (vgl. [Brinz in d.] krit. Ueberschau II. S. 169 fg., [Pand. 1. Aufl. S. 191., aber auch ebd. S. 944 fg. Windscheid §. 648. Nr. 4. und A. 17 fg.] — Mit Unrecht beanstandet Seuffert die Möglichkeit eines Vindicationslegats *ex die*. Vgl. L. 1. §. 2. D. quib. mod. usufr. am. 7. 4. L. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. L. 72. §. 5. D. de cond. et dem. 35. 1. Fitting Begriff der Rückziehung S. 106 fg. Unger System II. §. 83. A. 7. und oben §. 73. A. 6. §. 128. A., dazu Windscheid A. 19. Jhering a. a. O. S. 505 fg. [Arndts a. a. O. S. 261 fg., 337 fg.]

## F. Rechte des Vermächtnißträgers, insbesondere nach der lex Falcidia.

### §. 561.

Der Vermächtnißnehmer soll sich nicht eigenmächtig in den Besitz des vermachten Gegenstandes setzen. Hat er als solcher eine Sache der Erbschaft in Besitz genommen, ehe der Erbe Besitzer geworden, und ohne dessen Erlaubniß, so hat dieser das interdictum *quod legatorum* auf Herausgabe der Sache oder Ersatz des Interesse[a]. Der mit dem Vermächtniß Beschwerte kann auch Anspruch machen auf Restitution desjenigen, was auf seine Kosten dem Vermächtnißnehmer mehr zukommt, als ihm durch das Vermächtniß bestimmt war[b], und so auch auf Ersatz von Verwendungen, indem der Vermächtnißnehmer überhaupt, so weit

[a] Dig. quod legatorum. 43. 3. Cod. quorum (quod) legatorum. 8. 3. [b] L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. D. de legat. I.

ihm der Vortheil der Sache zukommt, auch deren Lasten zu tragen hat[c]. Ein vorzüglich wichtiges Recht des beschwerten Erben aber ist dieses, daß er wegen übermäßiger Beschwerung der Erbschaft nach der lex Falcidia[d] den Vermächtnissen einen Abzug machen darf.

Anm. Nach österreich. Recht und andern neueren Gesetzgebungen findet ein solcher Abzug nicht statt (nur nach dem Zürcher Gstzb. soll den Erben $1/_{10}$ der Erbschaft vorbehalten sein); von einer Verkürzung der Vermächtnisse ist daher nur die Rede, in so fern sie den Vermögensbestand der Erbschaft überschreiten. Vgl. Unger Erbr. §. 66. [Gruchot I. S. 602 fg., F. Mommsen Entw. §. 391. S. 393 fg.]

## §. 562.

### 1) Das Recht der quarta Falcidia.

Nach der lex Falcidia[a] und dem sie erweiternden spätern Recht[b] soll die Hinterlassung von Vermächtnissen und andern ihnen gleichgestellten letztwilligen Zuwendungen regelmäßig nur mit der Beschränkung gültig sein, daß dem Erben mindestens ein Viertheil des erbschaftlichen Vermögens ohne Belastung übrig bleibe[1]. Demnach ist der in höherem Maße beschwerte Erbe berechtigt, von jedem Vermächtniß nach Verhältniß so viel in Abzug zu bringen, als nöthig ist, um jenes Viertheil (quarta Falcidia) zu erhalten. Er kann dieses Recht durch Einrede[c] oder Klage[d] geltend machen[2], und zwar nach Verschiedenheit der Umstände, durch rei vindicatio[e], indebiti condictio[f], in factum actio[g], de dolo actio[h], und mittelbar durch das interdictum quod legatorum[i], auch kann er bei Entrichtung des Vermächtnisses, wenn die Ueberschwerung zweifelhaft ist, sich Caution leisten lassen, und dann später aus dieser klagen[k].

Aber nur in Ansehung der dem Erben, dem gesetzlichen oder Testamentserben, auferlegten Vermächtnisse findet dieses Recht des Abzugs statt[l], nicht auch in Ansehung derjenigen, welche einem Vermächtnißnehmer auferlegt sind[m]; doch erleiden durch den Abzug, der jenen trifft, auch diese eine verhältnißmäßige Minderung[n], wenn nicht der Wille des Erblassers dagegen ist[o].

[c] L. 58..61. D. de legat. I. [d] Inst. de lege Falcidia. 2. 22. Dig. ad legem Falcidiam. 35. 2. Cod. 6. 50. cf. Gai. II. 224..227. Pauli sentt. III. 8.

[a] L. 1. pr. D. h. t. 35. 2. pr. J. h. t. 2. 22. [b] Cf. α) Gai. II. 254. §. 5. J. de fideicomm. hered. 2. 23. L. 2. 3. Cod. h. t. 6. 50. β) L. 18. pr. D. h. t. L. 5. Cod. ad Sc. Trebell. 6. 49. γ) L. 5. 12. 18. Cod. h. t. L. 2. §. 2. (L. 2. i. f.) Cod. de m. c. donat. 8. 56 (57). L. 77. §. 1. D. de legat. II. L. 32. §. 1. D. de don. int. v. et u. 24. 1. [c] L. 14. §. 1. L. 80. §. 1. D. h. t. [d] L. 1. §. 11. eod. [e] L. 26. pr. eod. [f] L. 9. Cod. h. t. cf. §. 341. not. r. [g] L. 77. §. 2. D. de legat. II. [h] L. 23. D. de dolo. 4. 3. [i] cf. §. 561. not. a. [k] L. 1. §. 12. L. 31. D. h. t. L. 1. et sqq. D. si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur. 35. 3. [l] L. 1. §. 2. L. 18. pr. D. h. t. 35. 2. [m] L. 47. §. 1. D. h. t. L. 23 (22). §. 5. L. 57 (55). §. 2. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [n] L. 32. §. 4. D. h. t. cf. L. 1. §. 19. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [o] L. 32. §. 4. cit. L. 25. §. 1. D. h. t. L. 21. §. 1. D. de ann. leg. 33. 1. L. 77. §. 1. in f. D. de legat. II.

Anm. [1] Ueber die lex Falcidia, ein Plebiscit a. u. 714., berichtet in L. 1. pr. D. h. t. Paulus lib. sing. ad leg. Falc.: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: *Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit.* Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: *Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.* Das erste Capitel bezog sich auf ältere die Legate beschränkende Gesetze, lex *Furia* und *Voconia* [Müller Inst. §. 191.; Runtze Curs. §. 917.], die hier abrogirt werden. Gai. II. 225. 226. Die Bestimmung des zweiten Capitels wurde dann *α)* auf Fideicommisse ausgedehnt durch das Sc. Pegasianum, *β)* auf Fideicommisse ab intestato insbesondere durch eine Constitution von Divus Pius, und *γ)* durch Interpretation auch auf andere mortis causa capiones. Vgl. not. b. *α..γ*. [Rivier §. 61. Ueber die l. Voconia s. Fr. Kahn zur Gesch. d. röm. Frauen-Erbrechts (1884) S. 25 fg., 73 fg.]

[2] Ueber die Art der Geltendmachung, namentlich durch doli exceptio, vgl. Ubbelohde über den Satz: *ipso iure compensatur*. S. 57 fg. [u. Ztschr. f. Rechtsgesch. XI. S. 250 fg.]

## §. 563.

### 2) Berechnung der Quarta.

Um zu bestimmen, ob und in welchem Maße das dem Erben gebührende Viertheil geschmälert sei, ist erforderlich 1) den wahren Vermögensbetrag der Erbschaft zur Todeszeit des Erblassers zu ermitteln[a], also den dermaligen Gesammtgeldwerth der Rechte (Activa) zu berechnen[b] und davon die Schulden (Passiva) abzurechnen[c], gleich den eigentlichen Erbschaftsschulden aber auch die Kosten der Bestattung des Erblassers[d] und der Uebernahme und Klarstellung des erbschaftlichen Vermögens[e], sodann den an andere Personen zu entrichtenden Pflichttheil[f] und auch den eigenen Pflichttheil des beschwerten Erben selbst[g] vorab in Abzug zu bringen; 2) ebenso auch den Gesammtbetrag der Vermächtnisse und der ihnen gleichzuachtenden Zuwendungen, soweit sie das dem Erben Zukommende mindern[h], gleichfalls mit Rücksicht auf

[a] §. 2. J. h. t. 2. 22. L. 73. pr. D. h. t. 35. 2. cf. L. 9. eod. L. 30. pr. L. 56. pr. eod. [b] L. 42. 62. §. 1. L. 63. pr. eod. cf. *α)* L. 73. §. 1. 4. *β)* L. 56. pr. §. 1. L. 63. §. 1. *γ)* L. 1. §. 18. L. 82. *δ)* L. 1. §. 17. L. 21. pr. L. 56. §. 2. *ε)* L. 62. pr. eod. [c] §. 3. J. h. t. L. 39. D. eod. cf. L. 54. 81. §. 1. 2. eod. L. 6. pr. Cod. h. t. [d] §. 3. J. cit. L. 1. §. 19. L. 2. D. h. t. [e] L. 72. eod. L. 22. §. 9. Cod. de iure delib. 6. 30. [f] L. 36. §. 1 c..e. (§. 1.) Cod. de inoff. test. 3. 28. [g] Cap. 16. 18. X. de testam. 3. 26. [h] L. 1. §. 10. L. 19. L. 87. pr. D. h. t. L. 50. 51. eod. L. 61. eod. L. 15. Cod. h. t.

die Todeszeit des Erblassers[i], festzustellen [1]. Sofern dann diese Summe drei Viertheile der ersten überschreitet, so werden alle Vermächtnisse nach Verhältniß um so viel gekürzt, daß ein Viertheil jener ersten Summe frei bleibt[k].

In dieses Viertheil aber wird dem Erben alles, was er als Erbe bekommt oder behält[l], eingerechnet[2], also namentlich auch der Betrag ungültiger oder wegfallender Vermächtnisse[m], und so auch der auf seinen eigenen Erbtheil fallende Theil eines Prälegats[n], nicht auch, was er als Vermächtniß[o] oder zur Erfüllung einer Bedingung außer seinem Erbtheil von andern bekommt[p] oder nur erst durch ein vortheilhaftes Geschäft in Ansehung der Erbschaft, nicht aus derselben, gewinnt[q], wohl aber noch das, was ihm der Erblasser bei Lebzeiten mit dieser Bestimmung zugewendet hat[r], sowie er auch dasjenige, was ihm erst im letzten Willen absichtlich anstatt des falcidischen Viertheils irgendwie zugewendet ist, nicht noch außer diesem behalten soll[s].

Anm. [1] Die Berechnung des Betrags der Erbschaft wie der Vermächtnisse auf die Todeszeit kann schwierig sein, wenn eine Forderung oder Schuld der Erbschaft oder ein Vermächtniß erst später fällig oder bedingt oder aus anderen Gründen, z. B. wegen Beziehung auf die Lebensdauer einer Person, rücksichtlich des Betrags ungewiß ist. Hier wird nach not. b. c. i. theils durch Anschlag des commodum temporis, theils durch Anwendung von Wahrscheinlichkeitsrechnung und Cautionen geholfen. Vgl. Arndts im Rtslex. VI. S. 313..316. 331. (civ. Schr. II. S. 453 fg. 472.) Windscheid §. 652. unter Nr. 4.

[2] Die Regel ist näher bestimmt in L. 91. D. h. t., die aber zugleich gewisse Besonderheiten beim Universalfideicommiß andeutet. In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit; non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit; nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam id est, quod a coherede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum sciendum est; si quid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse, et ideo, si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi,

[i] L. 30. §. 4. eod. L. 15. §. 3. i. f. eod. cf. $\alpha$) L. 45. pr. L. 66. pr. L. 73. §. 4. L. 88. §. 3. eod. $\beta$) L. 45. §. 1. L. 73. §. 2. L. 1. §. 12. eod. $\gamma$) L. 3. §. 2. L. 47. pr. L. 68. pr. eod. §. 220. A. 4. [k] L. 73. §. 5. D. eod. [l] L. 74. 91. D. h. t. cf. L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. eod. [m] L. 11. pr. L. 50. 51. 76. §. 1. eod. [n] L. 91. cit. [o] L. 74. 91. cit. L. 15. §. 7. eod. cf. L. 29. L. 75. eod. L. 22. pr. eod. [p] L. 40. §. 1. L. 76. pr. L. 91. eod. [q] L. 3. pr. §. 1. eod. [r] L. 56. §. 5. eod. [s] L. 75. 90. eod.

ne in quartam ei imputentur. Vgl. Buchholtz v. Prälegaten S. 436 fg. Reuner die institutio ex re certa S. 93 .. 116. Vangerow §. 536. (7. Aufl. S. 479 .. 492.) Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 516. A. 3. Jacoby in Linde's Ztschr. n. F. XVI. 2. und unten §. 584. — Eine Modification der Regel bezüglich der Vermächtnisse enthalten: a) L. 22. pr. D. h. t. Nesennius Apollinaris Julio Paulo: Ex facto, domine, species eiusmodi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero, an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia, et, si non possit vel doli exceptione summovenda est (sit), quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit? Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus Falcidiam patiantur; sed quum is, qui legatum praestaturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet. Vgl. Buchholtz zur Lehre von den Wechsellegaten in Sell's Jahrb. III. 7., von Prälegaten S. 166 fg. 453 fg. Dernburg im civ. Arch. XLVII. S. 300 fg. Arndts im Comment. Th. 47. S. 5 fg. b) L. 75. D. h. t. Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet. Dernburg a. a. O. S. 294 fg. 298 fg. Windscheid §. 652. A. 12.

### 3) Abzug der Quarta von verschiedenen Erbtheilen [1].

## §. 564.

Jeder von mehreren Erben hat selbständig für sich Anspruch auf die Quarta seines Erbtheils, ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Maße auch seine Miterben überschwert sind [in singulis heredibus ratio leg. Falcidiae ponenda est] [a]. Wer zu seinem Erbtheil auch den seinem Miterben erworbenen hinzubekommt, z. B. als Erbe desselben, hat nun jenes Recht für beide Erbtheile, für jeden besonders [b]. Wenn aber 1) ein Erbe vermöge des Anwachsungsrechts mehrere Erbtheile bekommt, so wird zwar für jeden derselben die Quarta besonders berechnet, aber was jener durch den anwachsenden Erbtheil mehr als dessen Viertheil gewinnt [2], muß er sich in die Quarta seines ursprünglichen Erbtheils einrechnen lassen [c]. Eben so muß 2) der mit seinem Kinde eingesetzte Vater zum Vortheil der ihm auferlegten Vermächtnisse sich anrechnen lassen, was er durch die Erbeinsetzung des Kindes zu Eigenthum oder Nießbrauch mehr gewinnt [d]. 3) Ist Jemand durch mehrfache Erb-

[a] §. 1. J. h. t. L. 22. L. 77. D. h. t. [b] L. 1. §. 15. eod. [c] L. 78. eod. cf. §. 565. not. 1. L. 1. §. 14. D. eod. [d] L. 21. §. 1. L. 25. pr. eod.

einsetzung zu verschiedenen Erbtheilen berufen, z. B. zu einem unter Bedingung, zum andern unbedingt, so wird die Quarta von allen wie von einem berechnet[e], und dies gilt denn auch[f], wenn Jemand zugleich als Institutus und als Substitutus zur Erbschaft kommt[3].

Anm. [1] Vgl. überhaupt v. d. Pfordten Abh. Nr. 1. E. Hoffmann in Sell's Jahrb. I. 9. Sigmund über die Berechnung der quarta Falcidia, wenn eine und dieselbe Person mehrere Theile derselben Erbschaft erhält. München 1846., auch Arndts im Rtslex. VI. S. 316 (civ. Schr. II. S. 456) fg. Vangerow II. §. 535. Brinz §. 218. Windscheid §. 653. Jul. Amann die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas, sowie bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution, 1876., darüber Leist in d. Göttinger gel. Anzeigen 1876. St. 13. S. 388..411.

[2] Brinz S. 934. a. E. vermag dies „aus L. 78. h. t. nicht zu entnehmen"; denn „die Fragestellung am Eingang verlangt entweder Separation oder Confusion, keine Mischung aus Separation und Confusion". Aber die Fragestellung lautet: Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sint? Und die Entscheidung ist: s. p. separatim causae spectandae sunt, natürlich vorausgesetzt, daß etwas darauf ankomme, und das ist nur der Fall, wenn die beiden Erbtheile ungleich belastet sind und wenigstens der eine überlastet ist, was voraussetzt, daß dem einen oder andern Erben gewisse Vermächtnisse namentlich auferlegt seien. Aber wenn nun demgemäß der Erbe durch die Accrescenz mehr erhalten würde, als 1/4 der ganzen Erbschaft, so gereicht dies den Legataren seines ursprünglichen überlasteten Erbtheils zum Vortheil, ebenso wie der Gewinn, der ihm als Erben durch den Ausfall von Legaten erwächst. Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem, quia ea (quae) non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret. Gegen Brinz auch Vangerow §. 535. (7. Aufl. III. S. 467.) Windscheid §. 653. A. 16.

[3] Deutlich und allgemein anerkannt ist dies in L. 87. §. 4. D. h. t. für den Fall, wenn der einem unmündigen Kinde substituirte Miterbe als Vulgarsubstitut an dessen Stelle tritt. (Gegen eine abweichende Erklärung von Baron Gesammtrechtsvh. S. 470 fg. vgl. Vangerow a. a. O. S. 465 fg.) Dagegen hat aber in einer Beziehung Zweifel erregt L. 1. §. 13. D. h. t. Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis; is enim similis est heres (Huschke [in Linde's Ztschr. n. F. VII. S. 198.] will bessern: *fere*, Mommsen *heres* streichen) ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet, si ab eo nominatim data sunt, non: *quisquis mihi heres erit*. Nach dem letzten Satz behauptet man, daß die dem weggefallenen Institutus namentlich auferlegten, obwohl nach §. 543. dem Substituten dennoch zur Last fallenden Vermächtnisse durch die Vereinigung beider

[e] L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. eod. [f] L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. 5. 8. in f. eod.

Erbtheile keinesfalls gewinnen können. Vangerow a. a. O. S. 464 fg. Dies setzt voraus, daß man das *ab eo* nicht auf das vorhergehende is bezieht, sondern auf *coheredis*, was grammatisch kaum zulässig scheint, man möchte denn *qui omiserit* lesen, was auch Mommsen billigt. Dasselbe Bedenken steht, von anderen abgesehen, auch der von Huschke und Pernice (§. 565. A. 1.) wieder vertheidigten Meinung des Donellus [Comm. VIII. 23. §. 5 sqq.] entgegen, welche unterscheidet, ob der Miteingesetzte vor oder nach dem Tode des Erblassers weggefallen. Bezieht man aber *ab eo* auf den substituirten coheres, so spricht der letzte Satz von einem Fall des Anwachsungsrechts (Nr. 1.). Hoffmann a. a. O. S. 385 fg. Arndts a. a. O. S. 317. (457.) — Windscheid a. a. O. A. 7. 8., der in L. 1. §. 13. cit. eine gegenseitige Substitution voraussetzt, hält den Widerspruch derselben mit L. 87. §. 4. cit. für unlösbar, gibt aber der letzten Stelle, als der nach L. 74. D. de legat. I. (vgl. §. 543. a. E.) consequenteren, den Vorzug. [Vgl. jetzt Windscheid a. a. O. 4. Aufl.]

## §. 565.

Auch durch Pupillarsubstitution können sich eigenthümliche Modificationen in der Anwendung des falcidischen Gesetzes ergeben:

Der Vater kann die Erbschaft des Pupillen nur, soweit sie seine, des Vaters, Erbschaft ist, den Pupillarsubstituten als solchen nur, soweit er mittelbar des Vaters Erbe wird, mit Vermächtnissen beschweren, und nur nach dem Bestand der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit des Vaters ist die Quarta zu berechnen.

Die dem Substituten des enterbten Pupillen blos als solchem auferlegten Vermächtnisse sind ganz ungültig, auch wenn der letzte mit Vermächtnissen bedacht ist[a], oder auch, nicht durch den Willen des Vaters[b], dennoch die väterliche Erbschaft oder einen Theil derselben erhalten hat[c]; nur sofern der Substitut selbst außerdem als Vermächtnißnehmer oder als Erbe von dem Vermögen des Vaters etwas erhält, sind sie gültig, und zwar als stillschweigend bedingte Vermächtnisse, für welche im letzten Fall mit den dem Substituten als Erben des Vaters unbedingt auferlegten Vermächtnissen zusammen nach dem Bestand der väterlichen Erbschaft zur Todeszeit die Quarta zu berechnen ist[d].

Ist aber das Kind Erbe des Vaters, so sind die dem Substituten und dem Pupillen auferlegten Vermächtnisse als bedingte und unbedingte Vermächtnisse aus der väterlichen Erbschaft des letzten zusammenzurechnen[e], und ist für beide gemeinschaftlich wiederum nach jenem Zeitpunkt die Quarta zu bestimmen, ohne Rücksicht auf spätere Minderung oder Mehrung des Pupillarvermögens[f], auch wenn der Pupill, nicht durch des Vaters

[a] L. 24. Cod. de legat. 6. 37. L. 41. §. 3. D. de testam. mil. 29. 1. cf. §. 542. [b] L. 87. §. 7. D. h. t. 35. 2. [c] L. 103. pr. D. de legat. III. [d] L. 10. 11. §. 8. D. h. t. 35. 2. cf. L. 1. §. 12. eod. [e] L. 1. §. 12. L. 31. eod. cf. L. 1. pr. §. 1. D. si cui plus. 35. 3. [f] L. 11. §. 5. D. h. t. L. 79. eod. cf. L. 41. §. 6. D. de vulg. et pup. subst. 28. 6.

Willen', als Erbe eines Miterben noch einen andern Erbtheil hinzuerworben hat[g]. Sind mehrere demselben Pupillen substituirt, so rechnet wieder jeder für sich[h].

Wenn nun ferner der Pupillarsubstitut zugleich Miterbe des Pupillen ist, so werden alle dem einen und dem andern, und zwar dem ersten sowohl als Institutus wie als Substituten, auferlegten Vermächtnisse von den beiden nun vereinigten Theilen der väterlichen Erbschaft gemeinschaftlich getragen und von beiden wird gemeinschaftlich die Quarta berechnet[i]; und dasselbe findet auch dann statt, wenn ein und derselbe mehrere Kinder desselben Vaters als Pupillarsubstitut beerbt[k]. Jedoch bleiben im ersten Falle die dem Pupillen selbst schon über das Maß auferlegten Vermächtnisse jedenfalls nur in dem Maße gültig, wie sie es für jenen waren, wenn gleich dem substituirten Miterben von seinem ursprünglichen Erbtheil mehr als das Viertheil übrig bleibt[l]; und dasselbe ist auch in dem andern Fall anzunehmen, wenn der Erbtheil des einen oder andern Pupillen schon an sich überschwert war.

Anm. Der Inhalt dieses §. ist in einzelnen Punkten, wegen der Schwierigkeit der betreffenden Stellen, sehr streitig. Vgl. darüber außer den in §. 564. A. 1. angeführten Schriften noch insbesondere Huschke „die Prästation der Legate in Doppeltestamenten“, in Linde's Ztschr. n. F. VI. 11. VII. 2. 6. Herrmann das. VIII. 14. und vorzüglich Vangerow im civ. Arch. XXXVI. 10. 12. XXXVII. 13., sodann H. Pernice commentationes iur. rom. duae. 1855. comm. I., und Gordan de legis Falcidiae ratione in duplicibus testamentis ponenda. Bonnae 1856. (Vgl. Schletter's Jahrb. III. S. 263.) Baron Gesammtrechtsvh. S. 467 fg. 490 fg. E. Hoffmann im civ. Arch. XLIX. 4. Vangerow Pand. 7. Aufl. III. S. 467..476. Windscheid §. 653. A. 10..13. Pitzkat im civ. Arch. LVIII. 12. S. 383..427.

### 4) Wegfall des Abzugs.

### §. 566.

Die Anwendung des falcidischen Gesetzes ist überhaupt ausgeschlossen: 1) bei Soldatentestamenten[a]; 2) nach deutlich erklärtem Willen[1] des Erblassers[b]; 3) wenn der Erbe darauf verzichtet, sei es, daß er wissentlich und ohne Vorbehalt die Vermächtnisse ganz entrichtet[c], oder auch nur deren vollständige Auszahlung zusagt[d]; der Erbe soll sogar, wenn er nur einzelne Vermächtnisse in solcher Willensmeinung ganz entrichtet,

[g] L. 42. D. l. c. L. 14. §. 3. D. h. t. 35. 2. cf. not. b. c. [h] L. 11. §. 6. L. 80. pr. eod. cf. §. 564. not. a. [i] L. 87. §. 4. 5. 8. eod. cf. L. 41. §. 6. D. cit. [k] L. 14. §. 2. D. h. t. cf. not. g. [l] L. 87. §. 4. eod.

[a] L. 7. Cod. h. t. 6. 50. L. 12. Cod. de testam. mil. 6. 21. cf. L. 17. 92. 96. D. h. t. 35. 2. [b] Nov. 1. cap. 2. §. 2. cf. L. 27. D. h. t. [c] L. 1. 9. Cod. h. t. L. 9. §. 5. D. de iur. et facti ignor. 22. 6. cf. L. 15. §. 2. L. 16. pr. D. h. t. [d] L. 19. Cod. h. t. 6. 50. L. 46. 71. D. h. t. cf. L. 15. §. 1. eod.

als stillschweigend verzichtend[2] auf den Abzug auch bezüglich der übrigen angesehen werden[e]; 4) wenn der Erbe die Errichtung eines Inventars versäumt[f]; 5) beim Universalfideicommiß, wenn der Erbe gezwungen antritt (§. 587.)[3].

Anm. [1] In Betreff der Ausnahme unter 2) ist streitig, ob ein ausdrückliches Verbot des Abzugs vorausgesetzt werde? oder genüge, daß der Erblasser ohne Irrthum über den Bestand seines Vermögens mehr als 3/4 desselben vermacht habe? Das letzte behaupten gegen die bisher herrschende Meinung Marezoll in Löhr's Mag. IV. S. 354 fg. und neuerdings Neuner die institutio ex re certa S. 117 fg. Die Wahrheit liegt in der Mitte. Arndts im Rtslex. VI. S. 320. (civ. Schr. II. S. 460 fg.). Vangerow §. 538. A. 1. 2. Dagegen Brinz S. 938 fg., welcher ausdrückliches Verbot erfordert; aber dagegen wieder Windscheid §. 651. A. 1. [Wie immer man hierüber denken mag, jedenfalls hat Nov. 1. (v. J. 535.) nicht sowohl eine Ausnahme von dem falcidischen Gesetz eingeführt, als vielmehr das Princip desselben — Einschränkung der Legirfreiheit — geradezu aufgehoben.]

[2] Die Ausnahme 3) betreffend sucht Puchta §. 548. [not. d.] den Satz unter not. e. als unvernünftigen durch eine andere Deutung des Gesetzes dem Gesetzgeber abzunehmen. Dagegen Sintenis §. 215. A. 48. Windscheid A. 11.

[3] Keine wahre Ausnahme von der Regel enthalten L. 28. §. 1. D. de legat. I. L. 57. 81. §. 1. D. h. t. cf. L. 1. §. 10. eod. L. 1. §. 12. D. de dote praeleg. 33. 4.; auch nicht L. 15. Cod. h. t., welche Mühlenbruch §. 761. [A. 2.] und Puchta §. 549. [not. h.] mißverständlich auf das Vermächtniß des Wirthschaftsinventars eines Gutes (instrumentum fundi) an dessen Eigenthümer beziehen, während sie nur von den jenes betreffenden Urkunden (instrumenta praediorum) spricht. Arndts a. a. O. S. 322. (462.) A. 347. vgl. Rudorff zu Puchta a. a. O. not. h.

## §. 567.

In Ansehung einzelner Vermächtnisse kann der Abzug entweder 1) in der Art wegfallen, daß eben nur der Erbe denselben einbüßt, oder 2) zum Nachtheil der übrigen Vermächtnißnehmer, indem diese so viel größern Abzug erleiden, um den Ausfall der Quarta zu decken, oder 3) so, daß ein Vermächtniß gleich einer Schuld vom Vermögen vorabgezogen wird, dem Erben nur ein Viertheil des übrigen Vermögens gebührt, und darnach das Maß des den übrigen Vermächtnissen zu machenden Abzugs sich bestimmt[1].

Jeder dieser Fälle kann nach Anordnung des Erblassers eintreten[a]; im Zweifel aber hat das Verbot des Abzugs von einem einzelnen Vermächtniß die erste Wirkung, und als stillschweigend beabsichtigt wird dieses angenommen, wenn der Erblasser die Veräußerung eines ver-

[e] Nov. 1. cap. 3. [f] L. 22. §. 14 c. (§. 14.) Cod. de iure delib. 6. 30. Nov. 1. cap. 2. §. 2. i. pr. cf. §. 509.

[a] Nov. 1. cap. 2. §. 2. L. 88. pr. §. 1. 2. D. h. t. 35. 2. cf. L. 64. eod.

machten Grundstücks dem Vermächtnißnehmer untersagt hat[b]. Außerdem tritt dieselbe Wirkung ein, wenn der Erbe nur für einzelne Vermächtnisse auf sein Recht verzichtet[c], oder solche böswillig zu vereiteln gesucht hat[d]. Die dritte Wirkung aber tritt ein, wenn der Erblasser Vermächtnisse theils als Soldat, theils als Nichtsoldat angeordnet hat, bezüglich der ersten[e], sodann wenn der Frau vom Manne Sachen, die nur ihretwegen angeschafft waren, vermacht sind[f], endlich[2] bei dem Vermächtniß des Pflichttheils[g] und den Vermächtnissen zu milden Zwecken[h].

Anm. [1] Unrichtig ist es, wenn Puchta §. 549. [nach not. k.] allgemein sagt, die Befreiung durch Rechtsvorschrift, wornach ein Vermächtniß als aes alienum zu behandeln sei, habe ganz dasselbe Resultat, wie im Falle unter Nr. 1. Wenn z. B. von 1200 Vermögen 200 ad pias causas und 800 an andere vermacht sind, so müßte der Regel nach der Erbe 300 haben, und dazu von jenen 20, von den anderen 80 abgegeben werden; nun aber kann der Erbe nur 250 verlangen und die letzten erleiden nur einen Abzug von 50; sie erleiden gar keinen Abzug, wenn ihre Vermächtnisse nur 200, die ad pias causas 800 betragen. Wenn dagegen bei gleichem Vermögen die Vermächtnisse ad pias causas z. B. 1000, die übrigen 800 betragen, so würden der Regel nach jene auf 500, diese auf 400 eingeschränkt, und der Erbe behielte 300; nun aber erhalten die letzten nur 150, der Erbe 50. Vgl. Rudorff zu Puchta's Vorles. II. §. 549. A. 1. Vangerow §. 538. 7. Aufl. II. S. 499., auch Windscheid §. 652. A. 24.

[2] Vangerow a. a. O. Sintenis §. 215. a. E.; jedoch a. M. Windscheid a. a. O. — Nach Nr. 3. ist auch der Fall zu behandeln, wenn ein Vermächtniß vertragsmäßig als unwiderrufliches begründet ist. Seuffert's Arch. XII. 279.

## II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondere.

### §. 568.

Ihrem Gegenstande nach sind die Vermächtnisse von unerschöpflicher Manchfaltigkeit. Einzelne Classen derselben sind jedoch besonders hervorzuheben. Die Quellen enthalten eine Reihe von Titeln über besondere Vermächtnißgegenstände; diese enthalten aber großentheils nur Interpretationen des letzten Willens, welche häufig nur auf römischem Sprachgebrauch beruhen, daher heutzutage nicht schlechthin entscheidend sein können.

Anm. Vgl. überhaupt Unger Erbr. §. 67..76. Arndts in d. Forts. v. Glück's Comment. Th. 46. S. 91 fg.

[b] Nov. 119. cap. 11. [c] Nov. 1. cap. 3. cf. §. 566. not. c..e. [d] L. 59. pr. D. h. t. [e] L. 17. §. 4. L. 18. D. de test. mil. 29. 1. L. 17. 92. D. h. t. [f] L. 81. §. 2. D. h. t. 35. 2. [g] L. 87. §. 4. D. de legat. II. L. 36. pr...§. 1 e. (pr. §. 1.) Cod. de inoff. testam. 3. 28. [h] Nov. 131. cap. 12.

## §. 569.

## A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen [1].

Ist eine bestimmte Sache Gegenstand des Vermächtnisses (species legata), so ist zu unterscheiden:

1) Die Sache gehört zur Erbschaft. Alsdann wird der Vermächtnißnehmer, sobald dies legati cedit et venit, unmittelbar Eigenthümer der Sache[a] [s. §. 560.]; er kann dieselbe vindiciren, nebst ihrem Zuwachs und Zubehör[b], hat auch als Vindicant [§. 167.] von jenem Zeitpunkt an Anspruch auf die Früchte[c][1a], muß dagegen die auf der Sache haftenden Lasten und Rechte anderer Personen anerkennen[d], insbesondere auch die dem Vermächtnißträger selbst zustehenden Servituten wieder einräumen[e][1b]. Ist jedoch das Recht ein solches, welches dem Eigenthümer das Haben der Sache selbst oder doch den wesentlichsten Nutzen derselben entzieht oder zu entziehen droht, als Emphyteusis oder Superficies, Nießbrauch, Pfandrecht, so kann dieses der Beschwerte gegen den Vermächtnißnehmer nicht mehr geltend machen[f], und muß, wenn dasselbe einem Dritten zusteht, und dem Erblasser dieses bekannt war, die Sache frei von dieser Beschränkung gewähren[g]; wenn aber dem Vermächtnißnehmer selbst das fragliche Recht zustand, so kann dieser außer dem Eigenthumserwerb weiter nichts ansprechen[h]; überall vorausgesetzt, daß nicht ein anderer Wille des Erblassers erkennbar vorliegt[2]. Ob übrigens der Erblasser die eigene Sache irrthümlich für eine fremde gehalten, ist ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Vermächtnisses[i][2a]. Ist nur ein Theil einer Sache Gegenstand des Vermächtnisses, so treten die obigen Wirkungen pro parte ein; wenn aber die Sache reell untheilbar ist, so kann der Vermächtnißnehmer durch den Geldwerth des Theils abgefunden werden[k].

2) Die Sache gehört dem Vermächtnißträger. Alsdann wird zwar nicht das Eigenthum unmittelbar erworben, das Vermächtniß ist aber zu erfüllen, wenngleich der Erblasser die Sache für seine eigene gehalten hat[l].

3) Die Sache gehört einem Dritten. Alsdann kann der Ver-

[a] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. §. 2. J. de legat. 2. 20. cf. §. 560. not. b. c. [b] L. 24. §. 2. D. de legat. I. L. 39. D. de legat. II. L. 16. L. 91. §. 3..6. D. de legat. III. cf. L. 44. 86. eod. [c] L. 42. D. de usur. 22. 1. cf. L. 32. §. 1. D. de legat. II. fragm. Vat. §. 44. L. 120. §. 2. D. de legat. I. [d] arg. L. 45. §. 2. D. de legat. I. L. 69. §. 3. eod. [e] L. 116. §. 4. D. eod. L. 18. D. de servit. 8. 1. [f] L. 26. 76. §. 2. D. de legat. II. [g] L. 66. §. 6. eod. L. 57. D. de legat. I. §. 5. J. de legat. 2. 20. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. cf. L. 21. D. de probat. 22. 3. [h] L. 85. D. de legat. II. [i] §. 11. J. l. c. [k] arg. L. 26. §. 2. D. de legat. I. [l] L. 67. §. 8. D. de legat. II.

mächtnißnehmer, falls der Erblasser jenes wußte, mit persönlicher Klage die Verschaffung der Sache, oder, wo diese ohne unbillige Beschwerde nicht möglich ist, wenigstens deren Werth fordern[m], es wäre denn ohne Schuld und Verzug des Verpflichteten die Erfüllung schlechthin unmöglich geworden[n]. Hat aber der Erblasser die Sache als seine eigene vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer wohl Usucapionsbesitz (pro legato) erlangen[o], mit Besitzzurechnung[p], in der Regel aber[q] nicht die Gewährung des Eigenthums oder seines Werthes[r], daher auch nicht Evictionsleistung[s] fordern[3]. Dasselbe gilt, wenn die Sache zum Theil eine fremde ist, bezüglich dieses Theiles[t]. Hat der Erblasser die Sache eines Dritten vermacht, an welcher ihm oder dem Vermächtnißträger ein übertragbares dingliches Recht zusteht, so kommt wenigstens dieses dem Vermächtnißnehmer zu, sofern nicht die Absicht des Gebers auf mehr gerichtet war[u]. Hat der Erblasser erst nach Errichtung des Vermächtnisses die Sache veräußert, so gilt dies in der Regel als Zurücknahme desselben (§. 551.)[4]; hat er sie erst später erworben, so treten die Wirkungen unter Nr. 1. ein; hat er die vermachte Sache zuerst veräußert und dann wiedererworben, so kann darin eine Erneuerung des zurückgenommenen Vermächtnisses liegen, die aber nicht zu vermuthen ist[v].

4) Gehört die Sache dem Vermächtnißnehmer selbst, so ist das Vermächtniß unwirksam; nur kann jener Ersatz fordern, sofern er die Sache erst nach Errichtung des Vermächtnisses gegen eine Gegenleistung, nicht vom Erblasser selbst, erworben hat[w]. Gehörte sie ihm schon zu jener Zeit, so ist das Vermächtniß wirkungslos, wenngleich er später nicht mehr Eigenthümer ist[x], ausgenommen a) wenn ihm die Sache auf den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Erblassers[y], oder b) unter irgend einer[5] später zu erfüllenden Bedingung[z] vermacht ist, c) wenn derselbe nur widerrufliches Eigenthum hatte[aa], d)[6] wenn dem Erblasser oder dem Erben, oder auch, falls dieses dem Erblasser bekannt war, einem Dritten ein dingliches Recht an der Sache, das ihm diese ganz und gar entziehen könnte, wie das Pfandrecht, oder doch den

[m] §. 4. J. l. c. L. 39. §. 7. L. 71. §. 3. D. de legat. I. L. 11. §. 17. L. 14. §. 2. L. 30. §. ult. D. de legat. III. cf. L. 61. D. ad leg. Falc. 35. 2. (§. 563. not. b.) [n] §. 16. J. l. c. L. 22. §. 2. D. de legat. III. [o] Dig. pro legato. 41. 8. cf. L. 1. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. §. 170. A. L. [p] L. 14. §. 1. D. de usucap. 41. 3. [q] cf. L. 10. Cod. de legat. 6. 37. L. 6. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 74 (72). D. ad Sc. Trebell. 36. 1. [r] L. 67. §. 8. D. de legat. II. [s] L. 77. §. 8. D. de legat. II. [t] L. 5. §. 1. 2. D. de legat. I. L. 30. §. 4. D. de legat. III. cf. not. g. [u] L. 71. §. 6. D. de legat. I. cf. L. 68. pr. D. de legat. III. [v] L. 15. D. de adim. legat. 34. 4. cf. L. 27. pr. §. 1. eod. L. 79. §. 3. D. de legat. III. [w] §. 6. J. de legat. 2. 20. L. 34. §. 2. D. de legat. I. [x] §. 10. J. l. c. cf. §. 550. N. 2. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II. [y] L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. 34. 7. L. 18. D. de legat. II. [z] L. 41. §. 2. D. de legat. I. L. 98. D. de cond. et dem. 35. 1. cf. §. 550. not. d. [aa] L. 82. §. 1. D. de legat. I.

wesentlichen Nutzen des Eigenthums benimmt, wie Emphyteuse, Superficies, Nießbrauch (nicht etwa nur eine Grunddienstbarkeit)[bb], oder auch nur e) eine Forderung auf dieselbe[7] gegen den Vermächtnißnehmer zustand[cc].

Anm. [1] Arndts im Rtslex. VI. S. 324..329. (civ. Schr. II. S. 464..470.) und im Comment. Th. 46. S. 95..199. 223 fg.

[1a] [Deutlicher: an sich von da an, wofern nicht nach den concreten Umständen und den Regeln des §. 167. ein späterer Zeitpunkt maßgebend ist. Vgl. Arndts im Comm. Th. 48. S. 341..352., bes. N. 35.]

[1b] [Vgl. aber auch Arndts im Comm. Th. 46. S. 126 fg.]

[2] Dernburg Pfandrecht I. S. 133..135. Unger Erbr. §. 67. A. 1. Arndts Th. 46. S. 127 fg. Wird dem Pfandgläubiger die ihm verpfändete Sache vermacht, so erlischt sein Pfandrecht durch Confusio, aber seine Forderung bleibt bestehen, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur (not. h.) cf. L. 16. Cod. de legat. 6. 37. Mit Unrecht aber behauptet man (Roßhirt II. S. 159.), daß ihm der Onerirte ein anderes Pfand bestellen oder die Schuld zahlen müsse, wenn auch ein Dritter der Schuldner sei. Keineswegs sagt dies Paulus in den sentt. III. 6. §. 8. Si res obligata creditori, cuius causam testator non ignoravit, per damnationem legata sit, luitio ad heredis sollicitudinem spectat. [„Creditori" gehört nicht zu „legata", sondern nur zu „obligata".] Arndts im Rtslex. VI. S. 327. (civ. Schr. S. 467.), im Comment. S. 144 fg. vgl. Unger A. 2.

[2a] [Arndts im Comm. S. 188 fg. — Wollte hier der Erblasser Eigenthum gewähren (§. 560.)? Ohne den Irrthum, hätte er es gewollt. Dagegen Bechmann d. Kauf II. S. 28 fg.]

[3] Arndts a. a. O. S. 152 fg. 179 fg. Unger A. 9..12.

[4] Vgl. Unger A. 4..6. In Betreff der Frage, ob durch Rückerwerb der veräußerten Sachen das Legat im Zweifel wieder auflebe (not. v.), findet Unger A. 5. einen Widerspruch im R. R. Aber L. 79. §. 3. cit. widerspricht der L. 15. cit. nicht, weil sie nichts davon sagt, daß der Testator selbst den vermachten Sklaven freigelassen habe, und L. 27. pr. sagt nur: legatum *potest* procedere, si redimatur. Auch kann unmöglich zwischen L. 27. pr. und L. 27. §. 1. eod. ein Widerspruch angenommen werden. Worüber L. 79. §. 3. cit. und L. 27. §. 1. cit. nicht übereinstimmen, das ist nur dies, ob der vermachte und freigelassene Sklave, wenn er später wiederum Sklave geworden, überhaupt noch als vermacht gelten könne, und nicht vielmehr aus dem Grunde „non tamen legatum eius resuscitabitur", weil er „novus videtur homo esse", wie L. 27. §. 1. cit. sagt.

[5] L. 1. §. 2. D. de reg. Cat. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, *si eum vivo testatore alienaveris*, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset. Die ausgezeichneten Worte sind als Bedingung des Vermächtnisses, nicht als Voraussetzung der Wirksamkeit des unbedingten zu verstehen. Mit Unrecht halten übrigens Manche das Legat der eigenen Sache nur unter dieser Bedingung für gültig. Unter dieser ist trotz der Catoniana regula, unter einer anderen gemäß derselben das Vermächtniß gültig. L. 98. D. de cond. Mea res sub conditione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non

[bb] L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. eod. cf. L. 86. pr. L. 43. §. 3. eod. L. 66. §. 6. in f. D. de legat. II.
[cc] L. 39. §. 2. D. de legat. I.

testamenti facti tempus sed conditionis expletae spectari oportet. Arndts im Rh. Mus. V. S. 207 fg. 230 fg. (civ. Schr. II. S. 487 fg. 502 fg.) im Rtslex. S. 328 (civ. Schr. S. 469) fg., im Comment. S. 223 fg. Unger A. 14..16.

[6] Vgl. Dernburg I. S. 135..137. Arndts Comm. S. 230 fg. Ueber L. 66. §. 6. cit. (not. bb.) insb. vgl. a. a. O. S. 235. mit Windscheid §. 654. A. 16. 23.

[7] Arndts a. a. O. S. 231 fg. Windscheid A. 25. gibt dies jedoch, auch wenn dem Erblasser selbst die Forderung zustand, nur zu, falls demselben die Forderung bekannt war, arg. L. 45. §. 1. 2. L. 70. pr. §. 1. D. de legat. I.

## §. 570.

### B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit.

Ist eine Sachgesammtheit (§. 48.) vermacht, so kann im Zweifel der Vermächtnißnehmer nur diejenigen, aber alle diejenigen Sachen, welche noch zur Todeszeit des Erblassers die Gesammtheit bilden, in Anspruch nehmen[a]. Die Bestimmungen des §. 569. können dabei gleichfalls in Anwendung kommen, insofern eben auch hier ein individuell bestimmter Gegenstand vermacht ist. Der Erblasser kann übrigens nach Belieben eine gewisse Art von Sachen seines Vermögens unter einer Gesammtbenennung Jemanden hinterlassen, worüber mehrere besondere Titel nähere Erklärungen geben[b]. Das Vermächtniß eines solchen Inbegriffs kann auch blos Zugabe oder Anhang eines andern Vermächtnisses sein; dann besteht es nur mit diesem als dem Hauptvermächtniß[c].

## §. 571.

### C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität.

Ist eine bestimmte Summe oder eine Quantität vertretbarer Sachen vermacht, ohne andere Beschränkung[a], so geht die Vermächtnißklage auf Zahlung derselben, wenn auch in der Erbschaft nichts der Art vorhanden ist[b], wobei die Wahl der nicht näher bestimmten Qualität dem Beschwerten zusteht[c]. Sind vertretbare Sachen ohne Bestimmung der Quantität vermacht, desgleichen baares Geld ohne Summe, so beschränkt sich das Vermächtniß auf das im Nachlaß Vorfindliche[d].

Anm. Ueber Vermächtniß einer Geldsumme und Vermächtniß baaren Geldes Arndts im Comm. Th. 46. S. 203 fg.

[a] §. 18. J. de legat. 2. 20. L. 21. D. de legat. I. L. 28. D. quando dies. 36. 2. [b] Dig. de tritico vino vel oleo legato. 33. 6. de instructo vel instrumento legato 33. 7. de penu legata. 33. 9. de suppellectile legata. 33. 10. de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis. 34. 2. cf. L. 79. §. 1. D. de legat. III. L. 65. §. 4..7. L. 66. L. 81. §. 1..3. eod. [c] L. 1. §. 1. D. de instr. leg. 33. 7.

[a] L. 5. D. de trit. leg. 33. 6. [b] L. 3. pr. eod. [c] L. 4. eod. [d] L. 1: 2. 3. §. 1. L. 6. et sqq. eod. cf. L. 51. D. de legat. I. §. 570. not. b.

## §. 572.
## D. Vermächtniß einer Rente.

Eine Summe oder Quantität kann als eine nach gewissen Zeitfristen wiederkehrende Leistung vermacht werden, z. B. als jährliche, annuum legatum[a], es sei auf Lebenszeit des Vermächtnißnehmers, was im Zweifel anzunehmen ist[b], oder auch mit Erstreckung auf dessen Erben und Erbeserben, als immerwährende **Rente**[c], zu unterscheiden von dem Vermächtniß einer bestimmten Summe mit Festsetzung verschiedener Zahlungstermine[d] [sog. **Ratenvermächtniß**]. Jenes Rentenvermächtniß zertheilt sich in so viele einzelne Vermächtnisse, als Zahlungstermine sich ergeben, deren jedes seine eigene Zeit des Anfalls hat, im Zweifel zu Anfang der gesetzten Fristen[e]. Bei Berechnung der falcidischen Quarta ist jede fällige Rente unter Berücksichtigung der Zwischenzinsen auf ihren Werth zur Todeszeit zurückzuführen[f]; wann darnach zuerst eine Schmälerung der Quarta sich ergibt, dann kann der Erbe rückwärts von allen einzelnen Renten den verhältnißmäßigen Abzug begehren oder die fernere Zahlung dagegen aufrechnend einstellen[g]; kommen aber noch andere Vermächtnisse in Betracht, so kann entweder der Verkaufswerth der Rente angeschlagen oder durch Cautionsleistung bis zum Tode des Vermächtnißnehmers geholfen werden[h]. Bei immerwährender Rente wird der 25fache Betrag als Capitalwerth angenommen[i].

## §. 573.
## E. Vermächtniß des Lebensunterhalts[a].

Dieses wird ebenso wie das annuum legatum als eine Reihe verschiedener Vermächtnisse betrachtet, insofern in verschiedenen Terminen das zum Unterhalt des Vermächtnißnehmers Bestimmte herzugeben ist[b]. Es erstreckt sich im Zweifel ebenfalls auf dessen Lebenszeit und endigt jedenfalls durch dessen Tod[c], daher hier zur Berechnung der falcidischen Quart eine Wahrscheinlichkeitsrechnung über Lebensdauer Anwendung findet[d]. In Ermangelung näherer Bestimmung geht das Vermächtniß auf alles und nur das zum eigentlichen Lebensunterhalt Nothwendige[e],

[a] Dig. de annuis legatis et fideicommissis. 33. 1. [b] L. 8. D. l. c. [c] L. 22. Cod. de legat. 6. 37. cf. L. 65. D. de V. S. [d] L. 3. D. h. t. 33. 1. L. 20. 26. §. 2. D. quando dies. 36. 2. [e] L. 4. 5. 8. 11. 22. D. h. t. 33. 1. L. 10..12. pr. §. 1..6. D. quando dies. 36. 2. L. 1. Cod. eod. 6. 53. L. 10. D. de cap. min. 4. 5. [f] L. 45. pr. L. 73. §. 4. D. ad leg. Falc. 35. 2. [g] L. 47. pr. D. l. c. [h] L. 1. §. 16. L. 55. D. l. c. [i] L. 3. §. 2. D. l. c. cf. §. 220. A. 4.

[a] Dig. de alimentis vel cibariis legatis. 34. 1. [b] L. 20. D. quando dies. 36. 2. [c] L. 26. in f. D. l. c. L. 14. pr. D. h. t. 34. 1. L. 8. §. 10. D. de transact. 2. 15. [d] L. 68. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. [e] L. 6. 7. 21. 23. D. h. t. 34. 1.

nach richterlichem Ermessen[f]. Alimente können auch einem Erbunfähigen vermacht werden[g]. Das Vermächtniß der Alimente bis zur Mündigkeit wird bis zur sog. plena pubertas ausgedehnt[h]. Eine allgemein lautende Zurücknahme der Vermächtnisse wird im Zweifel nicht auf das der Alimente bezogen[i]. Der damit beschwerte Vermächtnißnehmer kann demselben keinen Abzug machen, wenn er auch selbst von Seiten des Erben Abzug erleidet[k].

Anm. Ueber die Wahrscheinlichkeitsrechnung bezüglich der Alimentenvermächtnisse sagt Aem. Macer lib. II. ad leg. vices. hered. in L. 68. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.: Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum, annorum viginti octo; ab annis vigintiquinque usque ad annos triginta, annorum vigintiquinque; ab annis triginta usque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo; ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem; ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem; ab annis sexaginta, cuiuscumque aetatis sit, annorum quinque, eoque nos iure uti Ulpianus ait et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; nunquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit. — Streitig ist, ob diese Berechnung definitiv entscheide oder nur provisorisch gelte? — Konopack Beiträge zur Lehre v. d. Berechnung der falcid. Quart. 1811. Fritz in Löhr's Mag. IV. 16. Roßhirt I. S. 558 fg. Arndts im Rtslex. S. 332. (civ. Schr. II. S. 473.) A. 431. [Windscheid §. 653. A. 33..35.] Sie ist auch beim annuum legatum anwendbar: Konopack a. a. O. S. 16 fg. Schrader civ. Abhandl. II. S. 155 fg. Ueber den Umfang der Anwendung überhaupt vgl. Pfeiffer im civ. Arch. XXVIII. 13. [Bähr Urtheile d. Reichsgerichts Nr. XXI. S. 189 fg.]

## §. 574.

### F. Vermächtniß einer Gattungssache.

Ist eine blos nach der Gattung bestimmte nicht an sich vertretbare Sache vermacht (*genus legatum*), und befinden sich Sachen dieser Gattung in der Erbschaft, so gebührt dem Vermächtnißnehmer eine der-

[f] L. 14. §. 2. L. 22. pr. eod. L. 14. D. de ann. leg. 33. 1. cf. §. 348. not. d. [g] L. 11. D. h. t. L. 3. pr. D. de his quae pro non script. 34. 8. [h] L. 14. §. 1. D. h. t. cf. §. 36. not. f. [i] L. 18. §. 3. D. eod. [k] L. 77. §. 1. D. de legat. II. cf. §. 562. not. o.

selben[a], im Zweifel nach seiner Wahl[b], vorausgesetzt nur, daß der Gegenstand nicht zu allgemein und unbestimmt bezeichnet sei[c]. [Vgl. §. 579.] Wenn aber auch in der Erbschaft solche Sachen nicht vorhanden sind, so ist das Vermächtniß, falls nicht der Erblasser in anderer Meinung war, gleichwohl wirksam, wenn es nur nicht, was hier noch leichter der Fall sein kann, an der erforderlichen Bestimmbarkeit der Leistung mangelt[d].

Anm. L. 71. pr. cit. sagt: Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellent (vellet) domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum. Hiernach hält man im letzten Falle jedes Legat der Art schlechthin für ungültig (Vangerow §. 549. Puchta §. 529. a. A.), oder wenigstens das einer unbeweglichen Sache (Roßhirt II. S. 14 fg.). „Aber es kann auch in solchem Falle sehr wohl das Legat der Gattung hinreichend bestimmt sein, um es als vollkommen gültig anzusehen. Wenn z. B. einem Offizier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar guter Wagenpferde ... vermacht würde u. dgl. mehr, wer möchte den Erben aller Verpflichtung entbinden?" selbst auch, „wenn Jemandem ein anständiges Wohnhaus in einer bestimmten Stadt ... vermacht wäre", während freilich aedes legatae ein zu unbestimmter Gegenstand ist, als „worunter sowohl die elendeste Bauerhütte in entlegener Gegend als ein prächtiger Palast in der Stadt verstanden werden kann". Arndts im Rechtslex. VI. S. 334. (civ. Schr. II. S. 475.) Vgl. Seuffert §. 607. A. 7. Windscheid §. 655. A. 8., aber auch Brinz Pand. S. 872 fg. „Den Grund, weßhalb ein derartiges Vermächtniß in L. 71. pr. D. de leg. I. für einen Hohn auf den Legatar und als nichtig erklärt wird, möchten wir nicht in der Unbestimmtheit des Gegenstandes, sondern in der Bestimmtheit des Willens suchen; in der Bestimmtheit nämlich, nur ein eigenes Haus vermacht haben zu wollen", welche Bestimmtheit des Willens hier in der Form des Legats „do lego" (d. i. „simpliciter") ausgesprochen gewesen sei. — Unger §. 68.

## §. 575.

### G. Vermächtniß dinglicher Rechte.

Der Erblasser kann 1) ein ihm zustehendes Recht an fremder Sache, sofern es übertragbar ist, einem Andern als dem Erben hinterlassen, namentlich Pfandrecht, Emphyteusis, Superficies[a], und ebenso den Erben oder sonstigen Vermächtnißträger verpflichten, das diesem zustehende Recht, auch z. B. den Nießbrauch der Ausübung nach, dem Vermächtnißnehmer zu übertragen.

Er kann 2) ein ihm an der Sache des Vermächtnißnehmers zustehendes Recht demselben erlassen, wodurch dasselbe, wenn dies

[a] L. 71. pr. D. de legat. I. [b] §. 22. J. de legat. 2. 20. cf. §. 579. [c] L. 69. §. 4. D. de iure dot. 23. 3. [d] L. 71. pr. cit.

[a] L. 71. §. 6. D. de legat. I. L. 1. §. 7. D. de superficie. 43. 18. cf. L. 1. Cod. comm. de legat. 6. 43.

legati venit, ipso iure aufgehoben wird[b], aber wiederum auch den Vermächtnißträger verpflichten, das ihm oder einem Dritten zustehende Recht zu erlassen, beziehungsweise abzulösen.

Er kann 3) ein dingliches Recht jeder Art[1] durch das Vermächtniß bestellen[c], wodurch, wenn die Sache zur Erbschaft gehört, dem Bedachten unmittelbar das dingliche Recht, jedoch eine Grunddienstbarkeit natürlich nur, wenn er ein benachbartes Grundstück besitzt, erworben wird[d]; außerdem entsteht nur eine Verpflichtuug, dasselbe an der eigenen Sache einzuräumen, beziehungsweise an der Sache eines Dritten zu verschaffen oder den Werth dafür zu leisten[e], wobei aber im letzten Falle in Betracht kommen muß, ob der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sei[f]. — Bei dem Vermächtniß einer persönlichen Servitut tritt der Anfall (§. 554.) nicht vor Antretung der Erbschaft oder Eintritt der Zeitbestimmung ein[g]. Ist eine solche mit Unterbrechung für getrennte Zeiträume vermacht, z. B. alternis annis, so gilt dies gleich dem annuum legatum für mehrere Vermächtnisse, deren jedes für sich anfällt[h]. Ist sie ausdrücklich auf Lebenszeit vermacht, so wird angenommen, daß sie für den Fall des früheren Verlustes immer wieder vermacht sein solle[i]. Bei der regelmäßigen Dauer auf Lebenszeit findet auch hier, wie bei dem Vermächtniß des Lebensunterhalts, die Wahrscheinlichkeitsrechnung Anwendung[k]. Der Nießbrauch insbesondere kann auch mehreren gemeinschaftlich oder einem nur zum Theile vermacht werden; das letzte wird im Zweifel angenommen, wenn einem die Sache schlechtweg, einem andern der Nießbrauch derselben vermacht ist[l]; in jenem Fall kann ein Anwachsungsrecht noch stattfinden[2], nachdem das Vermächtniß bereits allen erworben war[m]. Auch ein Quasiususfructus kann vermacht werden[n], und so auch der Nießbrauch an der ganzen Erbschaft oder einem Theil derselben[o]; im letzten Fall steht dem Erben frei[p], dem Vermächtnißnehmer durchweg nur den Quasiususfructus des entsprechenden Vermögensbetrages zu gewähren[3].

[b] L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. D. de legat. I. [c] Cf. α) §. 4. J. de servit. 2. 3. §. 1. J. de usufr. 2. 4. Dig. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis. 33. 2. de servitute legata. 33. 3. β) not. a. §. 198. 200. γ) L. 26. pr. D. de pign. act. 13. 7. §. 371. [d] L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. fragm. Vat. §. 47. 48. 57. 83. 86. [e] L. 3. pr. D. de usufr. 7. 1. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 17. fragm. Vat. §. 85. 87. [f] arg. §. 569. not. g. p..s. [g] L. 2. 3. 5. §. 1. D. quando dies. 36. 2. L. 1. D. quando dies ususfr. leg. cedat. 7. 3. cf. L. 2. D. de usu leg. 33. 2. [h] L. 1. pr. D. quando dies ususfr. 7. 3. L. 1. §. 3. L. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4. L. 11. 13. D. de usu leg. 33. 2. cf. §. 194. N. 2. [i] L. 3. pr. L. 5. pr. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4. [k] cf. §. 578. N. [l] L. 19. D. de usu leg. 33. 2. [m] Dig. de usufructu accrescendo. 7. 2. cf. fragm. Vat. §. 74..88. [n] Dig. de usufructu earum rer. 7. 5. cf. §. 181. [o] L. 29. D. de usufr. 7. 1. L. 24. pr. L. 32. §. 1. 8. L. 37. 43. D. de usu leg. 33. 2. L. 1. Cod. de usufr. 3. 33. [p] L. 32. §. 8. D. l. c.

Endlich kann 4) ein Recht an fremder Sache durch Vermächtniß auch für einen Andern als den Vermächtnißnehmer begründet werden, indem diesem das Eigenthum der Sache mit Vorbehalt eines dinglichen Rechts, z. B. *deducto* usufructu[q], vermacht wird[4].

Anm. [1] Ueber die geschichtliche Entwicklung der Bestellung eines Pfandrechts durch Vermächtniß: Dernburg Pfandrecht I. S. 281..291.; dagegen Scheurl in d. krit. Vjschr. II. S. 454 fg. Vgl. Windscheid I. §. 243. A. 1.

[2] Ueber diesen Fall des Anwachsungsrechtes vgl. zu §. 556. A. 1. noch Heimsoeth de usufructu accrescendo ex iure rom. Colon. 1831. [v. Wetter p. 333 bis 417.] — Dabei gilt die Regel: *ususfructus non portioni sed homini accrescit*. L. 14. §. 1. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 33. §. 1. D. de usufr. 7. 1. Daher: L. 10. D. h. t. 7. 2. Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti accrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur, pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis; ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus. Vgl. Vangerow §. 554. Baron Gesammtrechtsvh. S. 177 fg. Schlayer im civ. Arch. LI. 18. Windscheid §. 645. Unger §. 71. A. 5. Arndts in d. Forts. von Glück Th. 48. S. 101..198., insbesondere über L. 10. cit. S. 181 fg., drbr. sodann Serafini im Arch. giurid. XIII. S. 45 fg. und dagegen Arndts in d. krit. Vjschr. XVII. S. 583 fg.

[3] Die L. 32. §. 8. cit. (not. p.) gibt bei einem ususfructus tertiae partis bonorum legatus auf die Frage: an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia pars praestanda sit? die Entscheidung: heredis esse electionem, utrum rerum an aestimationis usumfructum praestare vellet. Darin ist nicht (wie Seuffert 3. Aufl. §. 632. unter Nr. 2. annimmt) gesagt, der Erbe könne den Legatar dadurch abfinden, daß er ihm nach dem Betrage des Werths Renten zahlt; vielmehr kann der letzte (gegen Caution) wie bei jedem pecuniae ususfructus die Auszahlung der tertia pars aestimationis fordern. Verschieden davon ist das Vermächtniß der Einkünfte von einer Sache oder einem Vermögen. L. 22. 38. D. de usu leg. 33. 2. L. 21. pr. D. de ann. leg. 33. 1. L. 120. pr. D. de legat. I. Vgl. überhaupt noch Bürkel Beitr. z. L. v. Nießbrauch. München 1864. Nr. II. S. 85 fg. Seuffert 4. Aufl. §. 632. [Hanausek die Lehre vom uneigentl. Nießbrauch nach gem. R. 1879. S. 3 fg.]

[4] So kann auch das Eigenthum, mit einem Pfandrecht zu Gunsten des Erben bestrickt, vermacht werden.

## §. 576.

### H. Vermächtnisse in Beziehung auf Forderungen.*

Der Erblasser kann 1) eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten oder, was dasselbe ist, dasjenige, was dieser ihm schuldig

[q] L. 1. §. 4. L. 2. 3. D. de usufr. accresc. 7. 2. L. 14. Cod. de usufr. 3. 33.

sei, **vermachen**, *nomen legatum*[1]. Der Vermächtnißnehmer erhält dadurch die Forderungsklage als utilis actio[a], nebst den Accessionen[b]. Der Erbe ist nur verpflichtet, ihm die Geltendmachung der Forderung einzuräumen[c].[1a] Das Vermächtniß gilt nur so viel, als vom Schuldner zu erlangen ist[d]; es ist ganz ohne Inhalt, wenn die Forderung nicht begründet[e], und erlischt, wenn dieselbe getilgt ist[f]; doch bleibt dem Vermächtnißnehmer der Anspruch auf den Schuldgegenstand, wenn erst der Erbe die Zahlung erhalten hat[g], desgleichen, wenn zwar schon an den Erblasser selbst die Erfüllung geleistet ist, aber gleichwohl dessen Vermächtnißwille fortbesteht, und dies ist namentlich dann zu vermuthen, wenn er die vom Schuldner aus freien Stücken bezahlte Summe zurückgelegt hat[h], sowie vollends dann, wenn er eine ihm geschuldete Sache vermacht, diese in Empfang genommen und in seinem Vermögen behalten hat[2]. Ist bei einer **alternativen** Forderung[2a], wobei der Schuldner die Wahl hat, nur einer der alternativen Schuldgegenstände vermacht, so kann der Legatar gegen den Erben auf Geltendmachung der Forderung klagen, und von der Wahl des Schuldners hängt es dann ab, ob jener etwas bekomme oder nicht[i], sowie auch wer etwas bekomme, wenn die Alternativgegenstände verschiedenen Personen vermacht sind[k]. Hat aber der Gläubiger die Wahl, so erhält sie auch der Legatar, wenn ihn nicht der Erblasser zur Begünstigung des Schuldners auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt hat; und wenn hier die verschiedenen Schuldgegenstände verschiedenen Personen vermacht sind[3], so muß der Erbe der einen die Klage einräumen, der andern den Werth des Gegenstandes geben[l]. Dasselbe gilt beim Vermächtniß einer Correalobligation, wenn von mehreren jedem ein anderer Correalschuldner angewiesen ist[m].

2) Der Erblasser kann seine Forderung auch dem Schuldner selbst, und somit diesem die **Befreiung** von der Schuld vermachen, *liberatio legata*[n],[3a] was auch darin liegt[o], daß dem Erben die Forderung untersagt, oder dem Schuldner, was er schuldig ist, vermacht wird[4]. Der Vermächtnißnehmer erlangt dadurch eine Exceptio gegen die Forderungsklage und kann selbst klagen auf vollständige Vernichtung seiner Schuld-

[a] L. 18. Cod. de legat. 6. 37. [b] L. 34. pr. D. de legat. III. [c] §. 21. J. de legat. 2. 20. L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. i. f. L. 105. D. de legat. I. L. 10. D. de lib. leg. 34. 3. [d] L. 22. §. 4. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [e] L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. [f] §. 21. J. cit. L. 75. §. 2. L. 82. §. 5. D. l. c. L. 21. pr. §. 1. D. de lib. leg. 34. 3. [g] L. 21. §. 2. D. eod. [h] L. 11. §. 13. L. 64. D. de legat. III. cf. L. 31. §. 3. D. de adim. leg. 34. 4. [i] L. 75. §. 4. D. de legat. I. [k] L. 50. §. 1. D. de legat. II. [l] L. 76. D. de legat. I. [m] L. 82. §. 5. D. eod. [n] Dig. de liberatione legata. 34. 3. [o] L. 1..3. D. l. c. §. 13. J. de legat. 2. 20. cf. Pauli sentt. III. 6. §. 11.

verbindlichkeit durch den Erben[p], soweit er dabei Interesse haben mag[5], aber nicht mit weiter greifender Wirkung, als in der Absicht des Erblassers lag[q]. Unwirksam wird das Vermächtniß der Schuldbefreiung durch anderweitige Tilgung der Schuld, namentlich durch Zahlung an den Erblasser; die Zahlung an den Erben aber, wenn sie nicht freiwillig mit Kenntniß des Vermächtnisses geschehen, kann zurückgefordert werden[r]. Ohne Inhalt ist das Vermächtniß, wenn die angebliche Schuld gar nicht besteht[6], es mag der Gegenstand derselben näher bezeichnet sein oder nicht[s]. Auch bloße **Stundung** kann durch Vermächtniß gewährt werden[t]; der Inhalt des Vermächtnisses besteht hier in dem commodum temporis (§. 220.), während das Vermächtniß vollständiger Schuldbefreiung nach dem ganzen Betrage des Schuldgegenstandes in Anschlag kommt[u]. Wenn umgekehrt

3) der Erblasser seinem Gläubiger vermacht, was er demselben schuldig ist, *debitum legatum*[7], so ist dies Vermächtniß ohne Inhalt und kommt bei der Berechnung der Falcidia nicht in Betracht, sofern es nicht dem Vermächtnißnehmer einen materiellen Vortheil gewährt, den er nicht schon ohnehin durch seine Forderung hätte[v], z. B. durch Beseitigung einer Einrede[w] oder einer beschränkenden oder bedingenden Nebenbestimmung[x]. Jedenfalls kann aber der Gläubiger sein Recht nun auch durch die zugleich mit einem Pfandrecht versehene Vermächtnißklage geltend machen[y], und, wenn auch die angebliche Schuld gar nicht besteht, dennoch den angegebenen Schuldgegenstand als Vermächtniß fordern[z].

4) Ein Vermächtniß kann sich übrigens in vorbemerkter dreifacher Weise auch auf **Forderungen Anderer** oder **an Andere** beziehen[8].

[* H. **Krüger** die Grundsätze des R. R. über Vermächtnisse von Forderungen und Schulden. Inaug.-Diss. Leipz. 1883.]

Anm. [1] **Haubold** de legato nominis. Lipsiae 1793., in dessen opusc. I. p. 497 sq. [**Krüger** §§. 1..10. Ueber das V. einer Natural-Forderung §. 6.] — Verschieden davon ist der Fall, wenn eine Summe vermacht und dabei nur eine Forderung bezeichnet ist, von welcher jene zu entnehmen sei. L. 96. pr. D. de legat. I.

[[1a] Vgl. **Krüger** §. 10.]

[2] So mit Recht **Unger** §. 72. A. 2., vgl. auch **Brinz** Pand. S. 905. [**Krüger** §. 9.]

[p] L. 3. §. 3. L. 22. D. l. c. L. 7. §. 1. eod. [q] cf. L. 2. pr. L. 3. §. 3. L. 5. pr. eod. [r] L. 7. §. 4..7. eod. L. 26. §. 7. D. de cond. indeb. 12. 6. [s] L. 75. §. 2. D. de legat. I. L. 13. 25. D. h. t. 34. 3. [t] L. 8. §. 1. 2. eod. [u] L. 22. §. 3. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [v] §. 14. J. de legat. 2. 20. L. 11. 28. §. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 1. §. 10. L. 57. 81. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. [w] L. 13. D. de lib. leg. 34. 3. L. 28. pr. D. de legat. I. [x] L. 29. eod. L. 14. D. de lib. leg. §. 14. J. l. c. cf. L. 5. D. ad leg. Falc. 35. 2. L. 82. pr. D. de legat. II. [y] L. 28. D. de legat. I. cf. L. I. Cod. commun. de legat. 6. 43. [z] §. 15. J. l. c. L. 75. §. 1. D. de legat. I. L. 88. §. 10. D. de legat. II. L. 25. D. de lib. leg. 34. 3.

[2a Vgl. Windscheid §. 657. A. 4. Krüger §. 7.]

3 Ueber diesen Fall und die betreffende L. 76. cit. vgl. insbesondere Fitting Correalobl. S. 159 fg. A. 183. [und Krüger §. 7. A. 2.]

[3a Krüger §§. 11..22.]

4 Möglicher Weise kann auch darin eine liberatio legata liegen, daß der Erblasser eine Schuld als getilgt bezeichnet. L. 1. 4. Cod. de falsa causa. 6. 44. Bähr die Anerkennung S. 208. [2. Aufl. S. 221 fg.]. Seuffert's Arch. XVI. 275.

5 Nach R. R. konnte unter Umständen auf Acceptilatio geklagt werden, aber dieses z. B. nicht, wenn nur einem Bürgen oder einem correus non socius für sich Befreiung vermacht war. Nach heutigem Recht kann die Klage noch etwa auf Herausgabe und Abquittirung der Schuldurkunde oder auf Löschung im Hypothekenbuche gehen. Unger §. 72. not. m. [Vgl. Krüger §§. 21. 22.]

6 L. 75. §. 2. D. de legat. I. Quodsi addiderit: *decem, quae mihi Titius debet, lego* (sc. *Titio*), sine dubio nihil erit in legato (sc. si Titius nihil debet). Nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest. Proinde et si Titio *decem, quae mihi Seius debet*, legavero, nullum erit legatum; esse enim debitor debet. — L. 25. D. de lib. leg. 34. 3. (Paul. lib. 10. quaest.) Legavi Titio quod mihi debetur, vel adiecta certa quantitate sive specie vel non adiecta; aut ex contrario, aeque cum distinctione, veluti: *Titio quod ei debeo*, vel ita: *Titio centum quae ei debeo*. Quaero an per omnia requirendum putes, an debitum sit? et plenius rogo, quae ad haec spectant attingas; quotidiana enim sunt. Respondi: si is, cui Titius debebat, debitum remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit, ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere; utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit: si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adiecta, etiam peti quod comprehensum est posse. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: *centum aureos, quos mihi debet*, vel: *Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere*? Quodsi sic dixit: *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare*, etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget; sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit utile esse legatum; certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et D. Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata. Mit dem Fragezeichen hinter dem Satze: *sed poterit . . . non petere?* und bei gehöriger Scheidung der Zweifelsätze von der Entscheidung macht diese Stelle keine Schwierigkeit. Vgl. Arndts diss. inaug. ad L. 25. D. de lib. leg. Berolini 1825. (civ. Schr. II. Nr. 52. S. 519..539.), und darüber Wächter in d. Tüb. krit. Ztschr. II. S. 186 fg. Vangerow §. 555., aber auch Ntslex. VI. S. 339. (civ. Schr. II. S. 480 fg.). Brinz S. 903 fg. O. Mueller de falsa demonstratione heredis institutioni vel legato adiecta comment. II. Lipsiae 1865. pag. 14 sq. [Krüger §. 18.] Durch eine andere Emendation will Mommsen helfen (Dig. II.

p. 162): „quodsi nihil debeat, inutile legatum est. Certe poterit hoc dici, si ita legavit" etc. Uebrigens vgl. Basil. XLIV. 16. cap. 24.

[7] [Darüber Krüger §§. 23..30.] Ein Vermächtniß an den Gläubiger ist keineswegs im Zweifel für debitum legatum zu nehmen; L. 85. D. de legat. II. L. 16. Cod. de legat. 6. 37. vgl. §. 569. A. 2.; ausgenommen ein Vermächtniß des Vaters an die Tochter, der er die Dos schuldig war. L. 84. §. 6. D. de legat. I. L. 22. §. 3. D. soluto matr. 24. 3. — Ein Schuldvermächtniß kann auch in einem testamentarischen Schuldbekenntniß enthalten sein. Bähr Anerkennung S. 103. 202 fg. [2. Aufl. S. 111 fg. 220 fg.] Arndts in d. österr. Gerichtsztg. 1859. Nr. 10..12. (civ. Schr. II. Nr. 53. S. 539..554.) Unger §. 72. A. 7. Dagegen vgl. Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse, §. 8. „das Schuldvermächtniß insbesondere", S. 18..28. [Krüger §. 15.]

[8] So kann man dem Erben auferlegen, a) eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung dem Legatar abzutreten, wodurch zunächst nur eine Verpflichtung des Erben zur Abtretung der Forderung begründet wird, nicht wie durch das Vermächtniß einer Forderung des Erblassers ohneweiters utilis actio für den Vermächtnißnehmer entsteht (§. 255. A. 1. und 3.); ebenso b) seine Forderung gegen den Legatar selbst zu erlassen, L. 24. D. de lib. leg., oder dessen Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit gegen i nen Dritten zu bewirken, L. 8. pr. eod., worin aber zugleich auch für den letzten ein Vermächtniß enthalten sein kann, L. 3. §. 5. eodem; sodann kann man auch c) dem Gläubiger eines Andern vermachen, was dieser ihm schuldig ist, worin denn zugleich oder auch vorzugsweise ein Vermächtniß der zweiten Art für den Schuldner liegen kann, L. 11. §. 22. D. de legat. III. L. 49. §. 6. D. de legat. I., sowie es ein Vermächtniß für die Miterben ist, wenn einem Erben allein, dem Gläubiger des Erblassers das Ganze zu zahlen, auferlegt ist, L. 69. §. 2. D. de leg. I. L. 7. §. 3. D. de lib. leg. 34. 3. cf. L. 49. §. 4. 5. D. de leg. I.

## §. 577.

### I. Vermächtniß der Dos.

Eine Dos kann 1) **bestellt werden** durch ein Vermächtniß, welches dem Manne hinterlassen wird; doch liegt darin zugleich ein Vermächtniß für die Frau, insofern es ihr Vortheil ist, dotirt zu sein, und, wenn durch die Schuld des Mannes die Ehe nicht zu Stande kommt, wird denn auch ihr die Vermächtnißforderung gegeben[a]. Wenn dagegen 2) blos der Frau eine Ausstattung vermacht ist, so hat zunächst nur diese die Vermächtnißforderung[b]. Aber auch 3) die **Rückgabe** einer bestellten Dos kann Gegenstand des Vermächtnisses sein[c]. Ein solches Vermächtniß von Seiten des Mannes, dessen Erben ohnehin restitutionspflichtig wären, ist ein *debitum legatum*, vortheilhaft durch Ausschließung der gewöhnlichen Restitutionsfrist und etwaiger Gegenansprüche, abge-

[a] L. 71. §. 3. D. de cond. et demonstr. 35. 1. vgl. oben §. 398. Anm. 6. [b] L. 77. §. 9. D. de legat. II. cf. §. 396. not. a. [c] Dig. de dote praelegata (s. relegata). 33. 4.

sehen von nothwendigen Verwendungen, welche die Dos mindern[d], und gültig, wenn auch keine Dos besteht, als Vermächtniß des angeblichen Dotalgegenstandes[e], wirkungslos aber, wenn die Dos vom Manne schon zurückgegeben ist[f]. Wird umgekehrt 4) demjenigen, welcher sie zu restituiren hätte, die Dos vermacht, so ist dies ein Fall der *liberatio legata*[g], und unbedenklich kann 5) der zur Rückforderung Berechtigte diese seine Forderung, sofern sie nicht durch seinen Tod erlischt, auch einem Dritten vermachen (*nomen legatum*), z. B. nach Justinianischem Recht die Frau ihren Dotalanspruch durch Vermächtniß andern Personen als ihren Erben zuwenden.

Anm. [Ueber Ausmaß der im Vermächtnisse des Vaters nicht näher bestimmten Dos s. L. 43. D. de leg. III.] Zu Nr. 3. vgl. Hartmann a. a. O. S. 21..24., auch Arndts in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. VIII. S. 432 (civ. Schr. II. S. 554) fg. [H. Krüger (s. vorigen §.) §. 31..34.]

## §. 578.
## K. Vermächtniß eines Vermögensinbegriffs.

Das Vermächtniß eines Inbegriffs verschiedenartiger Vermögensrechte, der nicht ein aliquoter Theil der eigenen Erbschaft des Erblassers ist, gehört zu den Singularvermächtnissen und begründet keine Universalsuccession. So z. B. das Vermächtniß einer fremden Erbschaft oder eines Theils derselben; es erzeugt eine Forderung gegen den Beschwerten, daß er den Inhalt derselben, wie im Falle der Veräußerung (§. 540.), auf den Vermächtnißnehmer übertrage[a]. [Vgl. §. 580.] So auch das Vermächtniß des Peculiums eines Hauskindes (oder Sklaven); es gibt den Anspruch auf Ueberlassung seines Inhalts, natürlich mit Abzug der Schulden, so wie er zur Todeszeit des Erblassers besteht[b].

## §. 579.
## L. Wahlvermächtnisse.

Ein Vermächtniß kann wahlweise auf verschiedene Gegenstände oder Leistungen gerichtet sein, sog. legatum *alternativum*[1]. Wer die Wahl habe, bestimmt der Wille des Erblassers, der sie auch einem Dritten überlassen kann[a]. Im Zweifel[2] ist sie, sofern es sich um Sachen oder Rechte

[d] L. 1. §. 2..4. L. 5. D. l. c. §. 15. J. de legat. 2. 20. [e] §. 15. J. l. c. L. 6. §. 1. D. l. c.
[f] L. 1. §. 5. D. eod. [g] L. 11. D. eod.

[a] L. 76. §. 1. D. de legat. II. L. 29. §. 2. L. 34. §. 2. D. de legat. III. L. 14. Cod. de hered. instit. 6. 24. cf. §. 580. not. f. g. [b] §. 20. J. de legat. 2. 20. Dig. de peculio legato. 33. 8.

[a] L. 84. §. 9. 11. D. de legat. I. L. 3. §. 1 a. (§. 1.) Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. §. 491. N. 5. a. E.

aus der Erbschaft handelt, dem Vermächtnißnehmer, bei andern Auflagen eher dem Verpflichteten beizulegen[b]. Ein **Wahlvermächtniß** im engeren Sinn, *optio vel electio legata*[c], ist es, wenn dem Vermächtnißnehmer ausdrücklich die Wahl unter Sachen einer Gattung gegeben ist; er kann darnach unter den dahin gehörenden Sachen der Erbschaft unbeschränkt wählen, welche ihm beliebt[d], während er sonst bei dem Vermächtniß einer Gattungssache (§. 574.) zwar auch im Zweifel die Wahl unter den vorhandenen Sachen hat[e], aber doch nicht unbillig gerade die beste aussuchen soll, wie auch umgekehrt der wahlberechtigte Erbe in solchem Fall nicht gerade die schlechteste hergeben darf[f].

Ueberall kann der Wahlberechtigte nur **einen** Gegenstand **ganz**, nicht Theile des einen und des andern, fordern oder geben[g]. Das Wahlrecht **geht** mit dem Vermächtniß[3] auch **auf die Erben** des Vermächtnißnehmers **über**[h]: unter mehreren Erben, wie unter Collegataren, die sich über die Wahl nicht vereinigen können, entscheidet das Loos[i]. Zur Ausübung des Wahlrechts kann dem Vermächtnißnehmer auf Antrag eines dabei Betheiligten eine Frist gesetzt werden, deren Versäumung den Verlust des Vermächtnisses zur Folge haben kann[k]. Ist einem **Dritten** die Wahl überlassen und dieser stirbt vorher oder verzögert die Wahl über ein Jahr, so kann der Legatar selbst wählen[l].

Ein **alternatives** Vermächtniß kann so beschaffen sein, daß die Zeit des Anfalls für jeden einzelnen Gegenstand an sich verschieden wäre; so z. B. wenn der eine bedingt, der andere unbedingt, oder wenn Eigenthum einer Sache und Nießbrauch einer andern wahlweise vermacht ist. Hier tritt der **Anfall** erst ein[4], **wenn für beide** *dies cedit*[m]; wenn aber durch den Tod des Legatars die eine Alternative wegfällt, so wird eben dadurch für die andere der Anfall entschieden, und geht somit das Vermächtniß auf den Erben über[n]. Der Wegfall des Vermächtnisses bezüglich des einen Gegenstandes schließt nämlich überall nicht den Bestand desselben bezüglich des andern Gegenstandes aus[o].

[b] Cf. α) L. 34. §. 14. D. de legat. I. L. 23. D. de legat. II. §. 22. J. de legat. 2. 20. L. 108. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 1. §. 1. (L. 1.) Cod. commun. de legat. β) L. 109. §. 1. D. l. c. L. 15. 19. D. de legat. II. L. 43. §. 3. eod. L. 29. §. 1. D. de legat. III. §. 203. not. f. [c] Dig. de optione vel electione legata. 33. 5. [d] L. 2. pr. D. l. c. §. 23. J. de legat. 2. 20. [e] §. 22. J. l. c. [f] L. 37. pr. L. 110. D. de legat. I. [g] L. 8. §. 2. D. eod. L. 15. D. de legat. II. [h] §. 23. J. cit. L. 19. D. h. t. 33. 5. L. 12. §. 7. D. quando dies. 36. 2. [i] §. 23. J. cit. L. 3. §. 1. (pr.) Cod. commun. de legat. 6. 43. cf. L. 25. §. 17. D. fam. erc. 10. 2. [k] L. 8. pr. L. 13. §. 1. L. 17. D. h. t. 33. 5. cf. L. 6. 7. eod. [l] L. 3. §. 1 b. (1.) Cod. l. c. 6. 43. [m] L. 14. pr. L. 16. pr. L. 25. pr. D. quando dies. 36. 2. L. 21. D. de usu leg. 33. 2. [n] L. 14. §. 1. D. 36. 2. [o] L. 84. §. 11. D. de legat. I.

Anm. [* Eine ungemein ausführliche Darstellung des Wahlrechts bei Vermächtnissen nach dem römischen R. und den neueren Gesetzgbgn. gibt Giov. de Gioannis Gianquinto im Arch. giurid. XIV. (1875.) p. 121..167., und p. 331..438. (Il diritto di scelta della cosa legata); denn auf diesen 155 Seiten sind nur Subjekte und Ausdehnung (Grenzen p. 353 sq.) des Wahlrechts behandelt, die Wirkungen der getroffenen Wahl dagegen einer „separata memoria" vorbehalten, von der wir nicht wissen, ob sie erschienen ist. Vgl. Hellmann in d. krit. Vjschr. XVIII. S. 470 fg. — Pescatore d. sog. alternative Obligation. (1880.) §. 20. 21. Ranne Disjunctivobligation. (1880.)]

1 Einen verwandten Fall betrifft L. 37. §. 1. D. de legat. I. Si de certo fundo sensit testator nec appareat, de quo cogitavit, electio heredis erit, quem velit dare. L. 32. §. 1. L. 39. §. 6. eod. Aber: L. 20. eod. Qui duos servos haberet (et) unum ex his legasset, ut non intelligeretur, quem legasset, legatarii est electio. Vgl. Vangerow II. §. 549. S. 526. [de Gioannis p. 128 sq., der L. 20. von einem leg. generis versteht.]

2 Nach älterem Recht war auch hier der Unterschied zwischen Vindications- und Damnationslegat von Einfluß; bei diesem und ebenso beim Fideicommiß hatte im Zweifel der Onerirte die Wahl (not. b. $\beta$.), bei jenem der Legatar (not. b. $\alpha$.). Nach Justinianischem Recht kann nun die Form des Vermächtnisses nicht mehr entscheiden; aber das scheint noch erheblich, ob das Vermächtniß blos eine persönliche Verpflichtung des Erben oder auch eine dingliche Klage begründe. So erklärt sich die Aufnahme der Stellen in not. b., und insbesondere der L. 108. §. 2. cit. Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit dandi, an potius legatarii? Respondi, verius dici, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione uti velit (id est legatarii). Diese Stelle setzte ein Vermächtniß in Form des Vindicationslegats voraus, das entweder mit einem Damnationslegat verbunden war (*Titio hominem do lego eumque heres damnas esto dare*), oder nach welchem doch ex Sc. Neroniano wegen der Ungewißheit seiner Gültigkeit als Vindicationslegat der Legatar zwischen Vindication und persönlicher Klage die Wahl hatte. Cf. L. 33. 84. §. ult. L. 85. D. de legat. I. Gai. II. 194. 197. Arndts im Rtslex. VI. S. 281. (civ. Schr. II. S. 420), im Comment. Th. 46. S. 39 fg. Nach Justinianischem Recht hat nun der Legatar diese Wahl immer, aber auch nur dann, wenn das Vermächtniß eine Sache der Erbschaft betrifft (§. 560.), und nur in diesem Fall ist ihm dann auch jene Wahl beizulegen. Bei dem genus legatum, worauf sich L. 108. §. 2. cit. wie §. 22. J. h. t. zunächst beziehen, ist es ohnehin handgreiflich, daß man, wenn die Erbschaft keine Sachen der Art enthält (vgl. §. 574.), sofern es dann überhaupt gültig ist, doch nicht dem Legatar die Wahl geben kann [de Gioannis (p. 122..132) kommt zu dem Ergebniß, daß nach Justin. R. der Honorirte im Zweifel immer die Wahl habe, so oft die Sache dem Erblasser gehörte, ausgenommen sog. Quantitätssachen]. — Nach österreich. Recht, das nicht unmittelbaren Erwerb des dinglichen Rechts durch das Vermächtniß annimmt, steht consequent die Wahl auch bezüglich der Sachen der Erbschaft in der Regel dem Erben zu. Unger §. 76. A. 3.

3 Bei dem legatum optionis war Regel, daß der Legatar selbst wählen müsse, was erst nach Antretung der Erbschaft gültig geschieht. L. 16. D. h. t. 33. 5. Daher ging das Legat nicht auf die Erben über, wenn jener vor Antretung der Erbschaft oder erklärter Wahl starb. Dies hat Justinian abgeändert (not. i.). Vgl. Unger

§. 76. A. 5. [de Gioannis p. 140., 163 sq., p. 331 sq. Bernstein z. L. v. leg. optionis, in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XIV. S. 151 fg., verwirft die in den Quellen ausgesprochene Auffassung des leg. opt. als eines durch die Wahl bedingten Vermächtnisses; mit diesem „ungenügenden und ziemlich spät aufgestellten Constructionsmittel" (Abs. I.) wollte man das höchstpersönliche Wahlrecht, dann die dingliche Gebundenheit aller zur Wahl bestimmten Objecte und endlich die Thatsache, daß hier Erwerbs- und Wahlact identisch sind, erklären (Abs. III fg.). Jene erste Eigenthümlichkeit aber erkläre sich aus der „ausdrücklichen Aufforderung zur Wahl" (Abs. V, vgl. XX u. XXV); die beiden andern folgen aus dem Gedanken, daß hier ein einfaches Recht generell (nicht ein generelles R. einfach) offerirt und deferirt werde (IV, XXV, XXX). Durch die Wahl wird „die Delation auf einen Gegenstand concentrirt und das nunmehr vereinfachte Legat erworben" (XXI); die optio wirke nicht zurück (XXII). Der Optionslegatar befindet sich in ähnlicher Lage, wie der berufene Erbe (der Delat). Justinian habe Gleichstellung der l. opt. mit dem l. gen. beabsichtigt (II), aber sie unvollkommen durchgeführt (XXXII).]

4 Vgl. Vangerow II. S. 528 fg. Anders Unger §. 76. A. 1. Er sieht in dem alternativen Legat mehrere zur Wahl gestellte Vermächtnisse, für deren jedes, gleichzeitig oder zu verschiedenen Zeiten, der Anfall stattfinde, von denen aber nur eines definitiv gelte. Dies könnte von praktischer Bedeutung werden, wenn der Legatar die Wahl hat, insofern diesem darnach die Möglichkeit gewährt werden möchte, sofort dasjenige Legat, cuius dies primum cessit, definitiv zu wählen und auf seine Erben zu transmittiren, obwohl er ante diem cedentem des andern Legats stirbt. Aber gerade das wird ausdrücklich verneint in L. 14. pr. cit. cf. L. 25. pr. ibid. (not. m.). Wo der Onerirte die Wahl hat, ist es noch weniger zweifelhaft, daß der dies des einen Legats nicht früher cedit, als der des andern, beziehungsweise als in dem Zeitpunkte, da es entschieden ist, daß das andere ganz wegfalle. L. 16. pr. cit. L. 21. cit. (not. m.). Uebrigens ist es unerheblich, ob man das alternative Legat als eines (unum legatum) oder als mehrere (plura legata), von denen nur eines wirksam werden kann, ansehe. [Vgl. Pescatore §. 21., de Gioannis p. 140 sq., bes. p. 145. not. 3., Ranne S. 10. 15 fg.]

## III. Vom Universalvermächtniß [a].

### A. Begriff und Voraussetzungen.

### §. 580.

Ein Universalvermächtniß (Erbschaftsvermächtniß) ist dasjenige, welches die Restitution der Erbschaft des Vermächtnißgebers oder eines aliquoten Theils derselben zum Inhalt hat und demzufolge für den Vermächtnißnehmer eine durch den Vermächtnißträger vermittelte Universalsuccession oder mittelbare Erbfolge begründet[1]. Es kann

[a] Inst. de fideicommissariis hereditatibus. 2. 23. Dig. ad Sc. Trebellianum. 36. 1. Cod. ad Sc. Treb. 6. 49.

nur dem auferlegt werden, der selbst als Universalsuccessor zum Nachlaß des Vermächtnißgebers berufen ist, zunächst dem Erben, oder wer gleich ihm unmittelbar in den Nachlaß succedirt[b], sodann auch, vermöge fideicommissarischer Substitution (§. 549.), demjenigen, dem ein solches Vermächtniß hinterlassen ist[c]. Der Erbe, dem es auferlegt ist, heißt *fiduciarius heres*[d], Fiduciar; den Vermächtnißnehmer nennt man *fideicommissarius heres*[e], Universalfideicommissar; soll dieser wiederum einem Andern restituiren, so erscheint er in dieser Beziehung ebenfalls als Fiduciar.

Nicht hieher gehört es, wenn dem Erben auferlegt ist, die Erbschaft eines Dritten zu restituiren[f] [§. 578.]; wenn jedoch diese als dem Erblasser zugefallene Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses ist, so wird dies analog dem Fideicommiß eines aliquoten Theils der eigenen Erbschaft behandelt[g]. Dagegen kann andererseits durch den Willen des Erblassers auch bei dem seine eigene Erbschaft betreffenden Vermächtniß[2] die regelmäßige Wirkung eines Universalvermächtnisses ausgeschlossen werden[h].

Anm. [1] Diese Wirkung wurde zuerst dem Fideicommiß solchen Inhalts durch das *Sc. Trebellianum* beigelegt, worüber Ulpian in L. 1. §. 1. 2. D. h. t. berichtet: Factum est enim Sc. temporibus *Neronis* VIII. Cal. Sept., Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus. §. 2. Cuius verba haec sunt: ***Cum esset aequissimum, in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam, placet et actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sicuti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.*** [Vgl. Wlassak krit. Studien S. 100. N. 6.] Andere Bestimmungen darüber stellte das ***Sc. Pegasianum*** (unter Vespasian) auf, wornach denn ein solches Fideicommiß bald ex Scto Trebelliano Universalsuccession bewirkte, bald ganz andere Folgen hatte. Aber dem Kaiser Justinian gefiel für alle Fälle, exploso Sc. Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Scto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, und diesem zugleich ihm ganz fremde Bestimmungen des jüngern Senatsbeschlusses zuzuschreiben, die nun alle unter der Rubrik ***ad senatusconsultum Trebellianum*** (Dig. 36. 1. Cod. 6. 49.) vorkommen. §. 7. J. h. t. cf. §. 4..6. eod. Gai. II. 252..258. Mayer d. L. v. d. Legaten §. 10..13. [Müller Instit. §. 193.] Vgl. Unger §. 20. 48. [Rivier §. 82.]

[b] §. 10. J. h. t. 2. 23. cf. L. 114. §. 2. D. de legat. I. [c] §. 11. J. l. c. L. 1. §. 8. L. 57 (55). §. 2. D. h. t. 36. 1. [d] L. 48 (46). eod. cf. L. 9. §. 1. D. de reb. cred. 12. 1. [e] Cf. rubr. J. h. t. (not. a.) L. 91. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [f] L. 28 (27). §. 8..10. D. h. t. cf. §. 578. [g] L. 17 (16). §. 5. eod. [h] Cf. L. 23. 26. §. 2. L. 27. 104. §. 7. D. de legat. I. L. 8. §. 5. L. 9. D. de legat. II. L. 23 (22). §. 5. D. h. t. 36. 1.

[2] Nach altem Recht gab es neben dem Fideicommiß der Erbschaft ein sog. *legatum partitionis* (partitio legata), wodurch dem Erben auferlegt wurde, die Erbschaft mit einem andern nach gewissem Verhältniß zu theilen. Gai. II. 254. Ulp. XXV. 15. cf. §. 5. J. h. t. 2. 23. Dies erzeugte für den legatarius (partiarius) keine successio in universum ius; vielmehr konnte der Erbe denselben auch blos mit der Zahlung der Aestimatio seines Antheils abfinden (not. h.). Man streitet nun darüber, ob nach Justinianischem Recht (§. 541. A.) dies auch noch vorkomme? Die Möglichkeit läßt sich nicht bestreiten, daher auch die Aufnahme der Stellen in not. h.; aber nicht mehr die Vermächtnißform ist es, die über seine Wirklichkeit entscheidet, sondern nur der erklärte Wille des Erblassers: im Zweifel ist nun jede Auflage, die Erbschaft mit einem andern zu theilen, als Universalfideicommiß zu behandeln. L. 20 (19). §. 1. D. h. t. 36. 1. Vgl. Windscheid §. 662. §. 666. A. 1. Vangerow II. §. 556. Arndts im Rtslex. VI. S. 322 (civ. Schr. II. S. 463) fg. Mayer a. a. O. S. 50..52. Unger §. 20. A. 6. §. 54. A. 4.

## §. 581.

Ueber die Voraussetzungen des Universalvermächtnisses gelten übrigens die allgemeinen Bestimmungen von Vermächtnissen überhaupt. Die Errichtung kann in Form des Gebots oder der Bitte, ausdrücklich oder stillschweigend verfügt sein. Insbesondere wird es als Anordnung eines Universalfideicommisses angesehen, wenn dem Erben aufgegeben ist 1) mit einem andern zu theilen[a] oder Gemeinschaft zu halten, wobei freilich Bedingung ist, daß auch der Andere sein Gut gemeinschaftlich zu machen bereit sei[b], oder 2) sich mit bestimmten Vermögensgegenständen zu begnügen, zum Vortheil der Miterben oder Intestaterben[c], oder 3) eine bestimmte Person zum Erben einzusetzen oder derselben sonst sein Vermögen zuzuwenden[d], oder 4) kein Testament zu errichten, zu Gunsten der Intestaterben des Erben[e]. Eine Erbeinsetzung kann durch die Codicillarclausel in ein Universalfideicommiß sich verwandeln (§. 546.), und die Pupillarsubstitution in einem Codicill wird auch ohnedies als solches aufrecht erhalten[f].

Die Errichtung eines Universalfideicommisses kann wie die eines andern Vermächtnisses unter Nebenbestimmungen geschehen. Hat ein Ascendent dem Descendenten nach dessen Ableben die Erbschaft zu restituiren auferlegt, so wird als stillschweigend gewollte Bedingung angenommen, daß der letzte ohne Kinder versterbe[g].

[a] L. 20 (19). §. 1. D. h. t. 36. 1. [b] L. 80 (78). pr. eod. [c] L. 69. pr. D. de legat. II. [L. 30 (29). D. h. t.] cf. §. 493. not. f. [g. h.]. [d] L. 18 (17). pr. D. h. t. cf. L. 77. §. 25. L. 83. §. 16. D. de legat. II. [e] L. 76 (74). pr. D. h. t. cf. L. 77. §. 24. D. de legat. II. [f] L. 78 (76). D. h. t. [g] L. 30. Cod. de fideicomm. 6. 42. L. 7 (6). Cod. de instit. vel substit. 6. 25. cf. L. 102. D. de cond. et dem. 35. 1.

## B. Recht des Universalvermächtnisses.

### §. 582.

Das Recht des Vermächtnisses wird in diesem wie in andern Fällen nach §. 554. von selbst erworben, wenn dies fideicommissi *cedit*, und geht dann [wenn] auch [der Fideicommissar die Restitution nicht erlebt] auf seine Erben über[a]. Es besteht zunächst in dem Anspruch auf Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils, welcher geltend gemacht werden kann, wenn dies legati *venit*. Häufig ist dies bis zum Tode des Fiduciars hinausgeschoben, und das gilt auch, wenn die Zeit der Restitution dem Willen des Fiduciars anheimgegeben ist, falls er nicht aus freien Stücken früher restituirt[b]. — Das Recht des Universalvermächtnisses kann aber auch geltend gemacht werden, wenn der Fiduciar sich weigert, die Erbschaft anzunehmen (§. 587.), und unter Umständen auch, wenn er aus anderem Grunde nicht Erbe geworden ist (ebd. Al. 2.). Die Folgen sind in diesem Falle verschieden, und anders ist wiederum der Fall eines successiven Universalfideicommisses beschaffen (§. 588.). Daher ist zu unterscheiden:

#### 1) Wenn der Fiduciar freiwillig die Erbschaft annimmt.

### §. 583.

#### a) Verbindlichkeit des Fiduciars.

Der Fiduciar ist verbindlich, dem Fideicommissar die Erbschaft (ganz oder zum Theil) zu überlassen, was zunächst durch eine gewöhnliche Willenserklärung an denselben[1] oder seinen Bevollmächtigten geschieht[a], und sodann die Herausgabe der darin begriffenen Vermögensgegenstände mit sich bringt, wozu auch die vor Antretung der Erbschaft hinzugekommenen Früchte gehören[b][2]. Der Fiduciar haftet in dieser Beziehung für dolus und lata culpa, und wenn er nur theilweise restituirt, für diligentia quam suis rebus[c][3], nach eingetretenem Verzug für allen Schaden und so auch insbesondere für Ersatz aller Früchte[d]. Eine Veräußerung durch den Fiduciar ist nichtig[e][4], ausgenommen, wenn der Erblasser sie gestattet[f] oder der Fideicommissar zugestimmt

[a] L. 26 (25). pr. L. 48 (46). D. h. t. 36. 1. L. 21. Cod. de fideicomm. 6. 42. [b] L. 41. §. 13. D. de legat. III.

[a] L. 38 (37). pr. §. 2. L. 39 (38). 41 (40). §. 2. L. 42 (41). 43 (42). 68 (66). §. 1. D. h. t. [b] L. 28 (27). §. 1. in f. eod. [c] L. 23 (22). §. 3. eod. [d] L. 19 (18). 28 (27). §. 1. L. 46 (44). §. 1. eod. not. b. [e] L. 3. §. 2 a. (2). 3. Cod. commun. de legat. 6. 43. [f] L. 70. §. 3. D. de legat. II.

hat[g], wenn sie zur Bezahlung von Erbschaftsschulden[h] oder zur Erhaltung des Vermögens, weil die Sache sich nicht aufbewahren läßt, nothwendig ist[i], und wenn ein Kind des Erblassers als Erbe den Nachlaß anzugreifen genöthigt ist, um eine angemessene Heirathsausstattung zu gewinnen[k]. — Ist das Fideicommiß auf dasjenige beschränkt, was beim Tode des Fiduciars noch vorhanden sein werde (quidquid supererit ex hereditate)[5], so soll der Fiduciar drei Viertheile nach Belieben verbrauchen (jedoch nicht auf den Todesfall darüber verfügen), das letzte Viertheil aber nur im Fall der Noth oder zum Loskauf von Gefangenen angreifen dürfen[l].

Uebrigens begreift die Restitution der Erbschaft oder des Erbtheils nicht, was der Fiduciar nicht aus der Erbschaft erhalten hat[m], oder nicht als Erbe[n], auch nicht die Prälegate, sofern sie auf dem Erbtheil der Miterben lasten[o], und, wenn eben nur sein Erbtheil Gegenstand des Fideicommisses ist, auch nicht den anwachsenden Erbtheil eines Miterben[p]. Auch behält der Erbe die Früchte von Antretung der Erbschaft an, bis er in Verzug gesetzt ist[q]. — Der Wille des Erblassers kann aber den Gegenstand der Restitution noch mehr beschränken, z. B. durch Vorbehalt gewisser Vermögensgegenstände[r], oder erweitern, z. B. in Betreff der Früchte[s], oder auch auf alles, was der Fiduciar von ihm empfängt, worin denn auch die Prälegate begriffen sind[t], nicht aber was ihm durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zugewandt ist[u] oder ihm von Rechtswegen gebührt[v].

Anm. [1 S. Pfaff und Hofmann Excurse II. S. 188.]

2 [Vgl. §. 407. vor N. c.]

3 Gegen die auch von Puchta §. 555. [not. a.] Sintenis III. §. 219. A. 15. u. a. angenommene Beschränkung der Verantwortlichkeit des Fiduciars bei theilweiser Restitution auf diligentia quam suis rebus (not. c.) erklärt sich Windscheid §. 665. A. 7. mit Fr. Mommsen Beitr. III. S. 393. [A. 5.], weil in L. 23 (22). §. 3. cit. die Beschränktheit der Restitution nicht hervorgehoben werde und die Worte „rebus suis consueta negligentia" dort nur eine Ausführung des Begriffs der lata culpa enthalten. Aber es spricht für jene Beschränkung auch der Umstand, daß es sich hier von gemeinschaftlichem Interesse handelt und die Analogie dessen, was unter Miterben Rechtens ist (§. 320.).

[4 Pfaff u. Hofmann a. a. O. S. 187 fg.]

[5 Dieselben im Comm. II. S. 252..254.; Francke Comm. S. 299 fg.]

g L. 11. Cod. de fideicomm. 6. 42. h L. 38. pr. D. de legat. III. cf. L. 114. §. 14. D. de legat. I. i L. 23 (22). §. 3. D. h. t. (not. c.) cf. L. 71. D. de legat. 2. k L. 23 (22). §. 4. D. h. t. cf. Nov. 39. cap. 1. l Nov. 108. cap. 1. cf. L. 56 (54). D. h. t. L. 70. §. 3. L. 71. 72. D. de legat. II. m L. 61 (59). in f. L. 64 (62). pr. D. h. t. n L. 74 (72). eod. L. 44. §. 4. D. de cond. et dem. 35. 1. o L. 19 (18). §. 3. D. h. t. p arg. L. 44 (43). eod. q L. 19 (18). pr. §. 2. L. 27. §. 1. eod. cf. not. b. d. r §. 9. J. h. t. 2. 23. s L. 19 (18). pr. D. cit. not. q. t L. 3. §. 4. D. h. t. L. 16. Cod. de fideicomm. 6. 42. u cf. not. m. v L. 77. §. 12. D. de legat. II.

## §. 584.

### b) Rechte des Fiduciars. Sog. quarta Trebellianica.

Der Erbe ist berechtigt, bis zum Eintritt der Fideicommißerbfolge die Erbschaft als Eigenthümer zu verwalten und deren Rechte gegen jeden geltend zu machen, auch die Früchte derselben zu beziehen[a]. Wegen Verwendungen kann er nach Verhältniß Ersatz in Anspruch nehmen[b], und Abnahme eingegangener Verbindlichkeiten verlangen[c]. Er hat außerdem regelmäßig ein Recht darauf, daß ihm der vierte Theil der Erbschaft oder seines Erbtheils ungeschmälert übrig bleibe[1], und kann demnach erforderlichen Falls einen Abzug vom Fideicommiß machen[d]. Dieses Recht beruht lediglich in Anwendung des Falcidischen Gesetzes auf das Universalfideicommiß[e]. Demnach muß der Fiduciar regelmäßig alles und nur dasjenige, was er als Erbe hat, auf sein Viertheil sich einrechnen[f]; so aber auch[g], was er nach Verfügung des Erblassers von der Erbschaft, beziehungsweise seinem Erbtheil zurückhalten soll[2], dem eine vom Fideicommissar zu zahlende Summe gleichgestellt wird[h]; sodann, was er als Preis veräußerter Erbschaftsachen empfangen[i], und was er an Früchten vom Gegenstande des Fideicommisses [soweit er die quarta übersteigt] seit Antretung der Erbschaft bis zu der Zeit, wo die Restitution gefordert werden konnte[3], gezogen hat[k]; nicht, was er nur zum Zweck der Erfüllung einer Bedingung[4] empfangen[l], noch Prälegate[5], soweit sie auf den Erbtheil der Miterben[m] oder auch auf den an den Fideicommissar, der gleichsam Miterbe ist, zu restituirenden Erbtheil fallen[n].

Anm. 1 Eingeführt ist dies durch das Sc. Pegasianum; nach Justinian's Verordnung (§. 580. A. 1.) [d. h. in Weiterführung seiner dort erwähnten spielenden Fiction] nennt aber die neuere Terminologie [nach Vorgang des canon. R.] dieses Viertheil quarta Trebellianica; in den Quellen wird es Falcidia genannt. — Die Ausnahmen der §§. 566. 567. kommen auch hier vor; [insbes. kann seit Nov. 1. der Testator auch diesen Abzug ausschließen]. Ungegründet aber ist die Behauptung (von Neuner institutio ex re certa S. 117 fg.), daß nach Nov. 1. cap. 2. bei einem Universalfideicommiß in Betreff der ganzen Erbschaft der Abzug der Quarta von selbst immer ausgeschlossen sei. Vgl. §. 566. A. 1.

[a] cf. §. 583. not. q. s. [b] L. 20 (19). §. 2. L. 23 (22). §. 3. in f. D. h. t. cf. L. 40. §. 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 58..60. D. de legat. I. [c] L. 37 (36). 71 (69). D. h. t. [d] §. 5..9. J. h. t. 2. 23. [e] Gai. II. 254. L. 28 (27). §. 10. L. 66 (64). §. 3. D. h. t. [f] L. 91. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 563. A. 2. [g] §. 9. J. h. t. L. 91. D. cit. cf. L. 60 (58). §. 3. D. h. t. [h] L. 60 (58). §. 3. L. 91. citt. cf. L. 93. D. ad leg. Falc. 35. 2. [i] L. 3. §. 3. D. h. t. [k] L. 19 (18). §. 1. 2. L. 23 (22). §. 2. L. 60 (58). §. 5. D. h. t. L. 18. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35. 2. cf. §. 583. not. h. d. q. s. L. 6. Cod. h. t. 6. 49. [l] L. 30. §. 7. D. ad leg. Falcid. 35. 2. [m] L. 86. eod. L. 24. Cod. fam. erc. 3. 36. [n] L. 86. D. cit.

[2] Verschiedene Auffassungen dieses Satzes s. bei Reuner S. 94 fg. 107 fg. Mayer a. a. O. S. 39 fg. Schlagintweit in d. dogm. Jahrb. VI. S. 352 fg. Vangerow §. 536. A. II. 7. Aufl. II. S. 484 fg. Windscheid §. 652. A. 17. §. 666. A. 7. Mandry im civ. Arch. LI. S. 97 fg. Arndts in d. Forts. von Glück's Comment. Th. 47. S. 43 fg. [Brandt krit. Erläut. des Fr. 31 (30). §. 4. D. ad Sc. Trebell. 1879. In dieser Schrift (die Diss. des Vf. 1878, ist nur Abdruck eines Theils derselben) ist viel Scharfsinn und Mühe an eine falsche Conjectur und verkünstelte Auslegung einer Stelle verschwendet, die nach Mommsen's Emendation keine Schwierigkeiten macht; s. drdr. die wohlbegründete Kritik Schirmer's in d. krit. Vjschft. XXII. S. 434 fg. Mehr Beachtung verdienen die dogmat. Ausführungen des Vf. über die Anordnung, daß der Erbe deducta summa, retenta, praecepta re vel summa die Erbschaft restituiren solle. In solchen Zuwendungen (den sog. Präceptionen) sieht der Vf. Vermächtnisse. „Aber der Fiduciar erhält die zugewendeten Objecte nur dann iure legati, wenn er die Quart nicht einbehält, iure hereditario dagegen, wenn er die Quart einbehält." Das Bedenken, daß ja sonst nur, was der Erbe iure hereditario hat, in die Quart eingerechnet werde (was gegen die Vermächtniß-Qualität der Präceptionen spricht), soll sich damit erledigen, daß der Fiduciar nur die Wahl zwischen dem Vermächtniß und dem Abzug der Quart habe. Wähle er jenes, so entfalle das Abzugsrecht; wähle er dieses, so falle das Vermächtniß zusammen, und wirke nur fort, „weil und insofern sie implicite einen modus für die Theilung der Erbschaft enthält".]

[3] [Dieser Satz widerspricht nicht dem in §. 583. vor N. q.] L. 23 (22). §. 2. D. h. t. Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideicommissum sit, deducta quarta restituet; fructus enim, qui percepti sunt, negligentia petentis, non iudicio defuncti, percepti videntur. Alia causa est, si sub conditione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim quod percipitur summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta (quartam) facit et quartae fructus. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 491 fg. [Windscheid §. 652. N. 20.] — Kinder des Erblassers, die mit dem Universalfideicommiß beschwert sind, wenn auch zu Gunsten ihrer eigenen Descendenten, sollen nach L. 6. pr. Cod. h. t. 6. 49. die Quarta non per imputationem redituum (licet hoc testator rogaverit vel iusserit), sed de ipsis rebus hereditariis erhalten; cf. cap. 16. X. de testam. 3. 26. Ob dies auch Anwendung finde, wenn die Kinder (nach canonischem Rechte: §. 593. not. g.) zuerst ihren Pflichttheil und dann von dem übrigen Vermögen die Trebellianische Quart in Anspruch nehmen? Seuffert §. 643. A. 5. Seuffert's Arch. II. 207. III. 358. IV. 67.

[4] Bedenken hat in dieser Beziehung L. 91. D. ad leg. Falcid. erregt (§. 563. A. 2.) durch den Satz: „sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum sciendum est." Aber vgl. Jacoby in Linde's Ztschr. n. F. XVI. S. 66. Schlagintweit a. a. O. S. 374. Dernburg im civ. Arch. XLVII. S. 319 fg. Vangerow a. a. O. unter Nr. III. S. 488 fg. Windscheid §. 666. A. 8. Jener Satz ist in der Florentina erst von zweiter Hand beigeschrieben, findet sich auch nicht in den Basil. XLI. 1. cap. 90., ist zudem schon seiner Fassung nach anstößig; daher hat ihn als unächtes Glossem Mommsen in seiner Ausgabe ganz ausgelassen, der übrigens auch in dem vorhergehenden Theile der Stelle die Worte: „vel implendae conditionis causa", sodann „pro ea vero parte quam accepit a coherede" zu streichen vorschlägt.

5 Vgl. mit L. 91. cit. a) L. 86. eod. Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere, debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur. b) L. 24. Cod. fam. erc. 3. 36. Filium quem habentem fundum portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator; post eius (conditionis) eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens, reddere compelletur (compellitur). Siehe darüber Buchholtz von Prälegaten S. 500 fg. [647 fg.], auch Neuner institutio ex re certa S. 111. Brinz Pand. S. 927 fg. Vangerow a. a. O. S. 482 fg.

c) Wirkungen der Restitution.

## §. 585.

In Folge der Restitution wird der Universalfideicommissar als Erbe behandelt, ausschließlich, wenn ihm dem Willen des Erblassers gemäß die ganze Erbschaft, zum Theil, wenn ihm nur ein Theil derselben restituirt ist, es sei nach Anordnung des Erblassers oder vermöge Abzugs der Trebellianischen Quart[a]. Er ist nun allein oder zum Theil Eigenthümer der Erbschaftssachen[b] und kann sonst alle Rechte der Erbschaft durch utiles actiones geltend machen, selbst gegen den Fiduciar, wenn dieser z. B. Schuldner des Erblassers war[c], sein Recht der Erbfolge im Ganzen durch utilis oder fideicommissaria hereditatis petitio[d 1]; er kann auch andererseits in demselben Maße wie der Erbe von den Gläubigern belangt werden. Der Fiduciar aber gilt nun insofern nicht mehr als Erbe; wenn er theilweise restituirt hat, gilt er als Miterbe des Fideicommissars; daher auch zwischen ihnen wie zwischen dem letzten und anderen Miterben und unter mehreren Universalfideicommissaren die Erbtheilungsklage stattfindet[e]. Hat der Fiduciar durch Vorbehalt oder auf andere Weise seine Quarta vollständig erhalten, so tritt der Fideicommissar als Universalsuccessor ganz an seine Stelle; der Fiduciar ist dann rücksichtlich des Empfangenen einem Vermächtniß-

a §. 4. 7. J. h. t. 2. 23. b L. 65 (63). pr. D. h. t. c L. 28 (27). §. 11. eod. d Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione. 5. 6. e L. 28 (27). §. 11. cit. L. 24. §. 1. L. 40. D. fam. erc. 10. 2.

nehmer zu vergleichen[f]. Hat er aber mehr, als der Erblasser angeordnet, restituirt, so ist dies bezüglich des Ueberschusses einer gewöhnlichen Veräußerung der Erbschaft gleichzuachten[g], und auch die vor der Zeit erfolgte Restitution hat vorerst nicht die regelmäßige Wirkung, erlangt sie aber, und zwar rückwirkend, durch Genehmigung nach Eintritt der Restitutionszeit[h]. Uebrigens wird nöthigenfalls, wenn der Fiduciar sich der Erklärung entzieht, oder ohne Nachfolger gestorben ist, auch ohne Willenserklärung desselben die Restitution der Erbschaft mit den obigen Wirkungen als geschehen angenommen[1 2].

Anm. [1] [Ueber die Einschränkung in L. 3. §. 1. D. h. t. 5. 6. s. Pfaff und Hofmann Comm. II. S. 251. N. 44.; zu den dort angegebenen Gründen kommt noch, daß dem Fiduciar das nomen heredis integrum manet: L. 1. §. 19. D. ut legat. s. fideic. 36. 3.]

[2] Streitig ist, ob nicht L. 1. Cod. commun. de legat. 6. 43. auch auf Universalvermächtnisse zu beziehen und darnach der Uebergang dinglicher Rechte gleichwie bei Singularvermächtnissen überall auch ohne Restitution stattfinde? Mayer von den Legaten §. 12. Dagegen Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 40. Windscheid §. 665. A. 1.

## §. 586.

Die Erbschaft oder der Erbtheil, welche den Gegenstand des Universalfideicommisses bilden, können noch mit andern Vermächtnissen beschwert sein. Hat der Erblasser nichts besonders darüber bestimmt, so werden diese vom Fiduciar und Fideicommissar nach Verhältniß ihrer Erbtheile getragen[a], vom Fideicommissar allein, wenn der Fiduciar die ganze Erbschaft, beziehungsweise den ganzen Erbtheil restituirt[b]; jedoch kann auch der letzte in Anspruch genommen werden, sofern ihm mehr als der Betrag seiner Quarta in bestimmter Summe oder besondern Vermögensgegenständen vorbehalten ist und das Restituirte zur Deckung der Vermächtnisse nicht ausreicht[c]. Die Quarta wird dem Fiduciar auch durch andere Vermächtnisse nicht geschmälert; vielmehr sind diese wie das Universalfideicommiß dem Abzug unterworfen, um jene zu vervollständigen[d].

Anm. Ueber die verschiedenen Meinungen in Betreff der Repartition der Vermächtnißlast und der Ergänzung der Quarta vgl. Vangerow §. 559. Windscheid §. 667. A. 6 fg.

[f] §. 9. J. h. t. L. 65 (63). §. 3. D. h. t. [g] L. 65 (63). §. 3. cit. [h] L. 10. D. eod. [i] L. 7. §. 1 b. c. (1). Cod. h. t. 6. 49.

[a] L. 2. Cod. h. t. L. 1. §. 20. D. h. t. cf. L. 1. §. 19. L. 15. §. 1. D. ut legat. 36. 3. [b] L. 2. D. h. t. 36. 1. cf. L. 3. §. 2. L. 17 (16). §. 3. L. 53 (51). eod. L. 8. Cod. h. t. [c] L. 1. §. 17. 21. D. h. t. [d] L. 2. 3. pr. §. 2. eod.

## §. 587.

### 2) Wenn der Fiduciar die Erbschaft nicht annimmt.

Weigert sich der Fiduciar die Erbschaft anzunehmen[a], so kann der Fideicommissar dieselbe ganz übernehmen. Er kann jenen, [selbst wenn er schon ausgeschlagen hätte[aa]], zur Antretung und Abtretung der Erbschaft anhalten[b], oder es wird beides als geschehen angenommen, um das Fideicommiß nebst dem ganzen übrigen Inhalt des Testaments[c] aufrecht zu erhalten[1]. Der Fiduciar soll durchaus keinen Nachtheil davon haben[d], verliert aber auch die Vortheile, welche sonst die Antretung der Erbschaft ihm gewähren würde[e], insbesondere das Recht der Trebellianischen Quart, den Anspruch auf das ihm Vorbehaltene, das Recht der Anwachsung und was sonst ihm nur vermöge des Erwerbes der Erbschaft zukommt[2]. Der Fideicommissar tritt mit völliger Ausschließung des Fiduciars in alle Rechte und Verbindlichkeiten der Erbschaft ein, gleich als ob er ihm substituirt (§. 496.) wäre, und zwar für die ganze Erbschaft, beziehungsweise den ganzen Erbtheil, wenngleich dem Erben nur die Restitution eines Theils auferlegt war[f]. Er muß denn auch die Vermächtnisse in demselben Maße wie der Fiduciar übernehmen[3], also mit Abzug der Quarta, soweit dieser dazu berechtigt war[g], nicht auch von Vermächtnissen, welche ihm selbst auferlegt sind[h] (vgl. §. 562. not. m.). Der Fiduciar kann sich übrigens eine Ueberlegungsfrist, ob er freiwillig antreten wolle, ertheilen lassen[i], und dann, wenn auch einstweilen gezwungen antretend, durch Erklärung vor Ablauf jener Frist noch die Vortheile freiwilliger Antretung sich erhalten[k]. — Ist er unter einer Bedingung eingesetzt, deren Erfüllung in seinem Willen liegt, so wird bald die gleiche Leistung von Seiten des Fideicommissars für Erfüllung angenommen, bald dem Fiduciar die Erfüllung zugemuthet, wenn sie nämlich für diesen durchaus nicht beschwerend ist, bald auch dieselbe ganz nachgelassen[4]: regelmäßig ist sonst von der Erfüllung der Bedingung, wie die Einsetzung des Fiduciars, so auch das Recht des Fideicommissars schlechthin abhängig[l].

Wie im Fall der Ablehnung des Fiduciars, so kann auch noch in folgenden Fällen der Fideicommissar anstatt desselben die Erbschaft erlangen: 1) nach einem Soldatentestament, wenn der Fiduciar weggefallen

[a] L. 6. 9. §. 2. D. h. t. 36. 1. cf. L. 15 (14). §. 1. eod. [[aa] L. 15 (14). §. 1. cit.] [b] L. 4. 5. 6. §. 5. eod. cf. L. 13. 15 (14). §. 5.. L. 17 (16). eod. [c] L. 15 (14). §. 3. eod. §. 5. J. h. t. 2. 23. [d] L. 11. pr. L. 28 (27). §. 15. D. eod. [e] L. 15 (14). §. 4. L. 28 (27). §. 2. 14. L. 44 (43). 47 (45). 57 (55). §. 3. eod. [f] L. 17 (16). §. 5. 9. eod. [g] L. 17 (16). §. 9. L. 65 (63). §. 11. L. 3. pr. §. 2. eod. [h] L. 57 (55). §. 2. L. 65 (63). §. 11. in f. eod. [i] L. 9. §. 1. eod. [k] L. 73 (71). eod. [l] L. 32 (31). §. 2. L. 65 (63). §. 7..10. eod. cf. L. 7. eod.

ist, der Testator aber jenem die Erbschaft jedenfalls zuzuwenden Willens war[m]; 2) in gleichem Fall überall, wenn der Fiduciar beim Leben des Testators, ohne daß dieser davon Kenntniß erhalten, gestorben ist[n]; 3) wenn derselbe nach dem Erblasser gestorben ist, ohne die Erbschaft erworben zu haben und ohne daß ein Anderer durch Transmission an seine Stelle tritt[o]; 4) wenn er der Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft sich gänzlich entzieht[p] [5].

Anm. [1] Der Zwang zur Antretung wurde ebenfalls durch das Sc. Pegasianum eingeführt. §. 6. J. h. t. Ueber die Voraussetzungen und Wirkungen: Vangerow §. 558. 559. Vgl. Seuffert §. 645. not. 4. „Allein der Zwang besteht in nichts anderem, als darin, daß die Antretung und Restitution (in contumaciam) als geschehen angenommen wird. Für das praktische Recht ist die Erwähnung dieses fingirten Zwanges ganz unerheblich." [Dagegen Windscheid §. 664. N. 7.]

[2] Der Fiduciar behält gleichwohl, was ihm conditionis implendae causa gegeben ist; L. 44. §. 4. 5. D. de cond. et dem. 35. 1.; auch Prälegate, falls nämlich Miterben antreten und soweit jene auf deren Erbtheil lasten; arg. L. 17. §. 2. L. 18. 91. §. 2. D. de legat. I. cf. L. 19 (18). §. 3. D. h. t. (die praeceptio in L. 57 (55). §. 3. D. h. t. ist nicht ein Prälegat, sondern ein Vorbehalt vom Fideicommiß, cf. L. 28 (27). §. 14. D. h. t.). Ist dem Fiduciar ein Vermächtniß für den Fall, daß er nicht Erbe werde, gegeben, so muß ihm der Fideicommissar dasselbe ganz entrichten, da die Miterben deficiente conditione davon befreit sind. L. 11. pr. L. 28 (27). §. 15. D. h. t. — Vgl. übrigens noch: a) L. 28 (27). §. 1. eod. b) L. 43 (42). §. 1. L. 57 (55). pr. §. 3. eod. Vangerow §. 558. A. 1. a. E.

[3] Ist Mehreren das Universalfideicommiß hinterlassen, so treten diese, nach Verhältniß der einem jeden von ihnen bestimmten Erbtheile, mit gleichem Recht nebeneinander, auch wenn zuerst nur einer die Antretung und Abtretung der Erbschaft erwirkt hat. L. 1. §. 9. L. 17 (16). §. 8. 9. L. 29 (28). D. h. t.

[[4] Vgl. Vangerow §. 558. A. 1. I. 3. (7. Aufl. S. 549 fg.). Ueber das Gegenstück, nämlich den Fall, wo das Fideicommiß bedingt ist, s. ebd. A. 1. I. 2. (S. 548.) und Windscheid §. 664. zu N. 5. 6.; Burchardi System S. 1284.]

[[5] Sobald, in neueren Gesetzbüchern, der Gedanke der Nacherbeinsetzung über den des Erbschafts-Vermächtnisses siegte, mußten obige Ansätze zu der, auch psychologisch gerechtfertigten, Bestimmung führen, daß in der fideicommissarischen auch die gemeine Substitution enthalten sei; s. z. B. österr. bgl. Gb. §. 608. Vgl. hier §. 497. bei und in A. 5. und übhpt. Pfaff u. Hofmann Excurse II. S. 133..137.]

## §. 588.

### 3) Bei successivem Universalvermächtniß.

Ist einem Universalfideicommissar auferlegt, den Gegenstand seines Fideicommisses ganz oder zum Theil wiederum an einen Andern gelangen zu lassen, so geht auf den letzten, sobald dies fideicommissi

[m] L. 13. §. 4. D. de testam. mil. 29. 1. [n] L. 14. D. l. c. 29. 1. [o] arg. L. 14. D. l. c. 29. 1. L. 7. §. 1 b. c. (1.) Cod. h. t. 6. 49. [p] arg. L. 7. §. 1 b. c. (1.) cit.

venit, die mittelbare Erbfolge von selbst[1] über, und jener ist verpflichtet, ihm die Vermögensgegenstände herauszugeben[a], und zwar, auch wenn er nach §. 587. ganz an die Stelle des Fiduciars getreten ist, ohne Berechtigung zum Abzug der Quarta[b] [vgl. §. 587. bei N. h.], ausgenommen sofern und in dem Verhältniß, als ihm selbst durch den Erben ein Abzug gemacht oder von diesem nur zu seinen Gunsten unterlassen worden ist[c]. Erwirbt der erste Fideicommissar das Vermächtniß nicht, so hat der zweite ohneweiters die Vermächtnißforderung gegen den Erben[2], und so kann derselbe auch, wenn jener es unterläßt, in den Fällen des §. 587. das Recht des Universalfideicommisses mit gleicher Wirkung für sich geltend machen[d][3].

Anm. [1] [Im Unterschied von §. 583 pr. — Vgl. Windscheid §. 666. N. 9.]

[2] [Wie auch sonst der After-Vermächtnißnehmer in ein direktes Verhältniß zum Erben kommt, wenn der onerirte Vermächtnißnehmer nicht erwirbt; L. 29. pr. D. de leg. II.]

[3] [Es gilt also auch für die fideicommissarische Substitution der Satz: Substitutus substituto etc.; s. §. 496. A. 4.]

## IV. Von Schenkungen auf den Todesfall[a].

### §. 589.

Schenkung auf den Todesfall oder von Todes wegen, mortis causa donatio[1], ist eine Schenkung, deren rechtlicher Bestand nach dem Willen des Schenkers davon abhängig ist, daß er den Beschenkten nicht überlebe[b]. Sie kann in Bezug auf eine bestimmte Lebensgefahr oder überhaupt in Aussicht des künftigen Todes des Schenkers vorgenommen werden[c]: in jedem Falle wird sie kraftlos oder rückgängig[2], wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt[d]: im ersten Falle regelmäßig auch, sobald nur der letzte jener Lebensgefahr entgangen ist[e]. Der Regel nach kann sie aber der Schenker jederzeit auch willkürlich widerrufen[f]. Außerdem wird durch dessen Tod ihre Wirksamkeit endgültig entschieden, sei es[g], daß dieser als aufschiebende, oder der frühere Tod des Beschenkten als auflösende Bedingung des Rechtsgeschäfts gesetzt ist[3]. Ihre Vornahme geschieht in gleicher Weise, wie die einer jeden andern Schenkung[h]; gerichtliche Verlautbarung aber ist, ob auch die Schenkung

[a] L. 1. §. 8. D. h. t. 36. 1. [L. 7. §. 1 b. c. (1.) Cod. cit.] [b] L. 57 (55). §. 2. eod. [c] L. 1. §. 19. eod. [vgl. §. 562. not. m. n.] [d] L. 57 (55). §. 2. in f. eod.

[a] Dig. de mortis causa donationibus et capionibus. 39. 6. Cod. de mortis causa don. 8. 56 (57). [b] L. 1. pr. L. 35. §. 2. D. h. t. cf. L. 27. eod. [c] L. 2..6. 31. §. 2. L. 35. §. 4. eod. [d] L. 27. 29. in f. L. 35. §. 2. eod. cf. L. 13. §. 1. eod. [e] L. 29. eod. [f] L. 16. 30. eod. cf. L. 27. 35. §. 4. eod. [g] L. 2. 29. 32. eod. [h] cf. L. 18. §. 1. 2. L. 24. 28. L. 31. §. 1. 3. 4. L. 35. §. 5..7. eod. L. 11. §. 2..9. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. §. 80. not. h..k. §. 81. not. a. b.

500 Solidi übersteige, nicht erforderlich[1], wenn nur der Schenkungswille in der für Errichtung von Vermächtnissen erforderlichen Form erklärt worden ist[4].

Anm. [1] Ueber den Begriff vgl. a) L. 1. pr. D. h. t. Mortis causa donatio est, cum quis habere (magis) se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. b) L. 27. eod. Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio, et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio, ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione. c) L. 18. pr. eod. Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat, veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea conditione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium. d) L. 38. pr. eod. Inter mortis causa donationem et omnia, quae mortis causa quis ceperit, est earum rerum differentia: nam mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat, (at) mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. L. 31. pr. eod. Mortis causa capitur, cum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit (L. 8. pr. eod. „*quidquid propter alicuius mortem obvenit*"), exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. — Ueber die ganze Lehre vorzüglich Savigny System IV. §. 170..174. Vgl. Vangerow §. 561..563. Keller Institut. S. 343..361. Windscheid §. 675. 676. Unger §. 77. A. 1..16. 19. [A. Cohen d. L. d. R. R. v. d. Schenkung v. Todeswegen. Inaug.-Diss. München 1878.] — Abweichende Ansichten mit eigener Terminologie und Begriffsbestimmung entwickelt Ruhwandl in d. Ztschr. des Anwaltvereins für Bayern III. Nr. 20..22.

[2] Ueber die in diesem Fall anwendbaren Rechtsmittel vgl. Savigny §. 171. Keller S. 348 fg. und oben §. 342. A. 2.

[3] [Vgl. Cohen Cap. 8. 4.] Ueber die Verschiedenheit dieser beiden Fälle, insbesondere zur Erklärung der L. 11. §. 2. D. cit. (not. h.), vgl. Fitting Begriff der Rückziehung S. 109 fg. Scheurl in d. krit. Ueberschau V. S. 43 fg.

[4] Eine sehr verbreitete Meinung ist, Justinian habe in L. 4. Cod. h. t. die Codicillarform als allgemeine und ausschließliche Form für alle Schenkungen auf den Todesfall eingeführt (neuerdings vertheidigt von Wiederhold in Linde's Ztschr. XV. S. 96 fg.). Dagegen Savigny S. 261 fg. Vangerow §. 563. [Cohen §. 7 fg.] Unter diesen ist noch streitig, ob L. 4. cit. eben nichts anderes als die Codicillarform der Vermächtnisse auch auf Schenkungen dieser Art übertragen (Sav.), oder bloße Zuziehung von fünf fähigen Zeugen als Vertragsform angeordnet habe (Vang.). Vgl. Windscheid §. 676. A. 3. Seuffert's Arch. VII. 211. 336. XV. 146. XIX. 246. XX. 235. XXIII. 46.

## §. 590.

Die Schenkung auf den Todesfall ist nahe verwandt dem Vermächtniß; es ist sogar als Regel ausgesprochen, daß sie diesem gleich-

[1] L. 4. Cod. h. t. cf. pr. §. 1. 2. J. de donat. 2. 7. §. 81. not. g. h.

zustellen sei[a], und dies geschieht namentlich in Ansehung der Erwerbfähigkeit des Beschenkten[b], des Verhältnisses zu den Gläubigern des Schenkers[c], des Notherben- und Pflichttheilrechts[d], der falcidischen Quart[e], des Anwachsungsrechts[f], der cautio Muciana[g] und conditio iurisiurandi[h], der cautio usufructuaria[i], des Vergleichs über Alimente[k], der Möglichkeit der Beschwerung mit Vermächtnissen[l], der Fähigkeit des Filiusfamilias zu deren Errichtung aus dem castrense peculium[m], und ihrer Ungültigkeit[n] wegen capitis damnatio des Schenkers[1].

Gleichwohl ist sie noch wesentlich verschieden vom Vermächtniß[2]; sie ist keine Gabe aus der Erbschaft, unabhängig von der Antretung derselben[o] und von der Verpflichtung einer bestimmten damit beschwerten Person[p], nicht bedingt durch Testamentifactio des Schenkers und Beschenkten[q], nicht geeignet zur Begründung des interdictum quod legatorum[r] oder einer Universalsuccession[s], und wird nicht verwirkt durch Anfechtung des Testaments[t]. Auch wird die Schenkung einer Rente[u], anders wie das Vermächtniß einer solchen, als eine angesehen[3].

Anm. [1] Auch die Entreißung wegen Unwürdigkeit wird in einem Falle ausdrücklich auch auf die m. c. donatio angewendet. Nov. 1. cap. 1. §. 4. vgl. §. 520. A. 2. Nr. 2. a. Da dies nicht als etwas Besonderes für diesen Fall betont wird, so findet Windscheid §. 676. A. 12. darin wohl mit Recht die Anwendung einer allgemeinen Regel und in L. 5. §. 17. D. de his quae ut indign. 34. 9. vgl. mit §. 18. ibid. (§. 520. A. 2. Nr. 1. e.) nicht einen Gegenbeweis, sondern eine Bestätigung dieser Regel, weil sich dort die Nichtanwendung auf die m. c. donatio aus der besondern Beschaffenheit des Indignitätsfalles erkläre.

[2] Vgl. Vangerow §. 562. [S. 567.] „Der Grundgedanke ist ... daß überall, wo der eigenthümliche Begriff der m. c. donatio als einer vom Erblasser selbst ohne Vermittlung einer Zwischenperson ausgehenden und nicht erst aus der Hereditas bewerkstelligten Vermögensvermehrung entscheidend eingreift, die Legatentheorie gänzlich ausgeschlossen ist." Vgl. Mayer §. 14. Keller S. 352 fg. [Cohen §. 52 fg.]

[3] Der Erwerb durch m. c. donatio fällt unter den Begriff des mortis causa capere (m. c. capio); aber dieser erstreckt sich noch weiter auf andere Fälle des Erwerbes aus Anlaß eines Todesfalles, welche im engern Sinne allein so genannt werden, im Gegensatz sowohl der m. c. donatio als der Vermächtnisse. L. 8. pr. D. h. t. „quidquid propter alicuius mortem obvenit, mortis causa capitur"; L. 31.

[a] L. 4. Cod. h. t. L. 37. pr. D. h. t. [b] L. 9. 22. 35. pr. D. eod. [c] L. 17. eod. [d] L. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patroni. 38. 5. L. 3. pr. L. 5. §. 7. L. 20. pr. D. de legat. praest. 37. 5. [e] L. 2. §. 2. (L. 2.) Cod. h. t. 8. 56 (57). L. 5. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. cf. L. 42. §. 1. D. h. t. [f] L. un. §. 14. Cod. de cad. toll. 6. 51. [g] Nov. 22. cap. 44. §. 9. [h] L. 8. §. 3. D. de cond. instit. 28. 7. [i] L. 1. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. cf. L. 7. Cod. ut in poss. legat. 6. 54. [k] L. 8. §. 2. D. de transact. 2. 15. [l] L. 1. Cod. h. t. L. un. §. 8 a. (§. 8.) Cod. de cad. toll. 6. 51. L. 77. §. 1. D. de legat. II. [m] L. 15. D. h. t. [n] L. 7. eod. L. 32. §. 7. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [o] L. 2. in f. D. h. t. [p] L. 29. eod. [q] L. 25. §. 1. eod. cf. L. 7. §. 4. D. de donat. 39. 5. cf. L. 7. §. 6. eod. L. 1. §. 1. D. de tut. act. 27. 3. L. 32. §. 8. D. de donat. int. v. et u. 24. 1. [r] L. 1. §. 5. D. quod legat. 43. 3. [s] L. 42. pr. D. h. t. cf. §. 82. not. a. [t] L. 5. §. 17. D. de his quae ut indign. 34. 9. [u] L. 35. §. 7. D. h. t.

pr. eod. „Mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur" (sc. „hereditario aut legati aut fideicommissi iure"). L. 38. eod. „mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat; at mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis"; z. B. quod datur implendae conditionis causa, oder hereditatis adeundae v. praetermittendae, legati omittendi causa etc. Keller a. a. O. S. 357 fg. Schlagintweit in d. dogm. Jahrb. VI. 6. [recte: 8.] Windscheid §. 677. [Baron §. 460. Rivier §. 81.]

---

# Drittes Capitel.

## Von Erbansprüchen gegen den letzten Willen des Erblassers.

### §. 591.

Die Willkür des Erblassers in Verfügung über seinen Nachlaß unterliegt einer Beschränkung durch das besondere Recht gewisser Personen, welche gesetzlich auf Erbeinsetzung oder wenigstens auf Hinterlassung eines gewissen Theils des Erbvermögens Anspruch haben. Man nennt sie Notherben (im weitern Sinn), oder auch in der letzten Beziehung insbesondere Pflichttheilsberechtigte, im ersten Fall Notherben (im engeren Sinn), und den Inbegriff der betreffenden Rechtsvorschriften nennt man das Notherbenrecht, oder Pflichttheils- und Notherbenrecht. Solches Recht haben unter verschiedenen Voraussetzungen und in verschiedener Weise 1) Kinder und Aeltern oder Descendenten und Ascendenten, 2) Geschwister, 3) die dürftige Wittwe, 4) der unmündig Arrogirte.

Anm. Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Bluntschli Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach R. R. mit besond. Rücksicht auf die Nov. 115. 1829. Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. Glück Erläutr. Th. 35. S. 76..119. Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Erläutr. Th. 35. S. 119 bis Th. 38. S. 117. (vgl. das. Th. 6. S. 527 fg. Th. 7. S. 1..490.). Arndts Pflichttheils- und Notherbenrecht, im Rtslex. VIII. S. 79..170. (civ. Schr. II. Nr. 55. S. 560..651.). [Schröder Notherbenrecht. I. Abth. Das Recht vor der Nov. 115. 1877. (vrbr. Wendt in der Jen. Litztg. 1877. Nr. 47. Amann in der krit. Vjschr. XX. S. 278 fg.) Vornehmlich preußisches R. behandelt Schultzenstein Beitr. z. L. v. Pflichttheilsrecht. 1878. 2. Ausg. mit Nachtrag. 1883.] Vgl. auch die geschichtliche Uebersicht der Ausbildung des Notherbenrechts in Köppen's Erbr. Einl. S. 96..166. [und in Danz Lehrb. d. Gesch. d. röm. R. (2. Aufl. 1873.) §. 160 fg. §. 179. (II. Bd. S. 88..105. 155 fg.) Rivier §. 28..35. Vergleichende Bemerkungen über moderne Rechte, dann philosophische Speculationen und legislative Erwägungen enthält der Aufs. v. Bruns „über Testirfreiheit und Pflichttheil" in d. Ztschft.

f. vergleichd. Rechtswiss. II. Bd. (1880) S. 161..282. (Kl. Schr. II. S. 139..191.), womit zu vergleichen ist: Schultzenstein Beibehaltung des Pflichttheilsrechtes, in Rassow Beitr. z. Erläuterg. d. deutsch. R. XXIII. S. 661 fg., 812 fg. — Die Geschichte der dem deutschen „Vorbehalt" entsprechenden französ. „reserve", die sich wesentlich vom röm. Pflichttheil unterscheidet, ist in neuerer Zeit sehr ausführlich untersucht worden in den Werken von Ch. Brocher, Boissonade, Cuënot.] — In den Lehrbüchern findet sich diese Lehre meistens in oder nach der Lehre von der Berufung zur Erbschaft eingeschoben, z. B. bei Puchta §. 485..494. Vangerow §. 474..489. Windscheid §. 575..593. Baron Pand. §. 412..418. Anders und angemessener z. B. Blume Grundriß B. V. Cap. 3. Seuffert §. 651..664. Tewes Erbr. II. S. 405 fg. Unger Erbr. §. 78..87. [Ueber die Stellung des Notherbenrechts in d. L. von d. Successionsgründen vgl. Schröder S. 3 fg.]

## I. Recht der Kinder und Aeltern.

### §. 592.

Kinder und Aeltern haben gegenseitig Anspruch zugleich[a] auf Erbeinsetzung (sog. formelles Notherbenrecht) und auf einen Pflichttheil (sog. materielles Notherbenrecht), vorausgesetzt: 1) daß sie überhaupt zu den nach §. 474..477. in der ersten oder zweiten Classe als Descendenten oder Ascendenten zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Personen gehören[b], mit Ausschluß des unvollkommen Adoptirten bezüglich der Erbschaft des Adoptirenden, und des vollkommen Adoptirten, so lange die Adoptivverwandtschaft besteht, im Verhältniß zum leiblichen Vater[c], sowie umgekehrt des letzten im Verhältniß zu jenem[1]; 2) daß sie auch im vorliegenden Fall zunächst als gesetzliche Erben berufen[d], nicht durch nähere, wenn auch nicht pflichttheilsberechtigte Intestaterben ausgeschlossen sein würden[2]; 3) daß ihre Ausschließung nicht dem Gesetze gemäß durch einen Enterbungsgrund gerechtfertigt sei[e]. Außerdem findet dies Recht nicht statt gegen ein Soldatentestament[3], soweit es als solches besteht[f], und gegen ein Pupillartestament[g] [4].

Anm. [1] Manche sind anderer Meinung wegen L. 30. pr. D. de inoff. test. 5. 2. (Vangerow §. 474. R. 2. b.), voraussetzend, daß hier das Adoptivverhältniß als fortdauernd gedacht sei. Windscheid §. 579. A. 7. behauptet zudem, daß auch das vollkommen adoptirte Kind gegen den leiblichen Vater ein Notherbenrecht habe, da es ihm in L. 10. Cod. cit. nur mit dem Kindeserbrecht ab intestato abgesprochen, dieses aber nach Nov. 118. ihm nicht mehr abzusprechen sei (§. 475.).

[2] Puchta §. 488. not. f. erfordert nur, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden

[a] Nov. 115. cap. 3. pr. 4. pr. 5. pr. [b] L. 6. pr. L. 29. §. 1. 3. D. de inoff. test. 5. 2. [c] L. 10. Cod. de adopt. 8. 47 (48). [d] arg. L. 6. §. 1. L. 8. §. 8. D. de inoff. test. 5. 2. Nov. 115. cap. 3. §. 14. i. f. cap. 4. §. 9. cf. §. 593. 599. [e] Nov. 115. cap. 3. 4. cf. §. 602. [f] §. 6. J. de exhered. lib. 2. 13. L. 8. §. 3. 4. D. de inoff. test. 5. 2. L. 9. 24. Cod. eod. 3. 28. cf. L. 9. 10. Cod. de test. mil. 6. 21. [g] L. 8. §. 5. D. l. c. cf. §. 497.

sei, der ein näheres Intestaterbrecht hat. Dagegen Mühlenbruch Th. 35. S. 140 fg. Arndts S. 128. [civ. Schr. II. S. 603.] Unger §. 79. A. 2. 5. [Aeltern würden bei der Intestat-Erbfolge auch durch unvollkommen Adoptirte ausgeschlossen, welche (s. Z. 1.) nicht pflichttheilsberechtigt sind. Vgl. übhpt. Schröder §. 36.]

3 Nicht dasselbe gilt von jedem Testament des Sohnes über bona castrensia vel quasi. Nov. 115. cap. 4. pr. Nov. 123. cap. 19. cf. L. 37. Cod. de inoff. test. 3. 28. [Vgl. übhpt. Schröder §. 70.]

[4 S. darüber Schröder §. 69.]

## A. Pflichttheilsrecht der Kinder und Aeltern[a].

### §. 593.

#### 1) Größe und Berechnung des Pflichttheils.

Der Pflichttheil, *portio legitima*, ist ein Theil des Vermögensbetrages desjenigen Erbtheils, welchen der Berechtigte als gesetzlicher Erbe erhalten würde, portio portionis ab intestato debitae[b], und zwar[c] ein Drittheil oder die Hälfte, je nachdem die Intestaterbfolge höchstens in vier oder in mehr als vier Theile sich theilt[1]. Sowohl um hierüber zu entscheiden, als um die Größe des gesetzlichen Erbtheils zu ermessen, kommen alle diejenigen in Betracht, welche bei der gesetzlichen Erbfolge als Miterben den Pflichttheilsberechtigten beschränken würden[d], also namentlich auch der rechtmäßig Enterbte[2]. Die Berechnung des Vermögensbetrages des Pflichttheils geschieht mit Rücksicht auf den Stand des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers[e], nach Abzug der Schulden und Leichenkosten[f], mit Einrechnung desjenigen, was erst durch den Tod des Erblassers unwiderruflich Jemanden aus dessen Vermögen erworben wird[g]. Der Berechtigte kann deßhalb die Aufnahme eines gehörigen Vermögensverzeichnisses verlangen, ohne durch Schätzung des Erblassers selbst, wenn sie auch eidlich bekräftigt ist, gebunden zu sein[h].

Anm. 1 Bis zur Nov. 18. (not. c.) war der Pflichttheil immer nur quarta pars debitae portionis (not. b.). [Schröder §. 37.] Dieses Gesetz aber bestimmte: ut si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quatuor, non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem... Si vero ultra quatuor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem ...; am Ende hinzufügend: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est. Darnach sind wohl Zweifel erhoben worden: a) ob diese Neuerung auch auf den Pflichttheil der

[a] Inst. de inofficioso testamento. 2. 18. Dig. 5. 2. Cod. 3. 28. [b] L. 8. §. 8. D. h. t. L. 31. Cod. eod. §. 3. J. h. t. [c] Nov. 18. cap. 1. [d] L. 8. §. 8. D. h. t. [e] L. 6. Cod. h. t. cf. L. 44. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. §. 2. J. de leg. Falcid. 2. 22. [f] L. 8. §. 9. D. h. t. cf. §. 3. J. l. c. [g] L. 5. 12. Cod. ad leg. Falcid. 6. 50. [h] arg. Nov. 48. cap. 1. §. 1.

Aeltern zu beziehen sei? b) ob der Pflichttheil jetzt noch als Theil des Intestaterbtheils jedes einzelnen Pflichttheilsberechtigten zu rechnen sei (sog. computatio distributiva)? nicht vielmehr als portio bonorum (sog. computatio collectiva)? Mit Recht hat die herrschende Meinung beide Fragen stets bejaht [deutlicher gesagt: die Frage a bejaht, hinsichtlich b sich für die Distributiv-Berechnung entschieden]; vgl. zu a) Nov. 89. cap. 12. §. 3., zu b) §. 7. J. h. t. 2. 18. Nov. 22. cap. 48. pr. in f. Nov. 39. cap. 1. pr. Arndts im Rtslex. VIII. S. 124 [civ. Schr. II. S. 605.] fg. [Schröder §. 37.] vgl. Unger §. 80. A. 1. Sehr verschieden aber sind noch jetzt die Meinungen darüber, wie nun der Pflichttheil für Enkel oder Urenkel zu bestimmen sei, welche allein oder zusammen mit Kindern des ersten Grades die nächsten Erben wären? Vangerow §. 475. A. 1. Arndts S. 127 [civ. Schr. S. 607] fg. Riedel in Linde's Ztschr. n. F. IX. 8. Keller Pand. §. 513. Windscheid §. 580. [A. 4.]

[2] Daher die Regel: exheredatus partem facit ad minuendam, numerum facit ad augendam legitimam. Dasselbe gilt von andern Concurrenten bei der Intestaterbfolge, die nicht zugleich pflichttheilsberechtigt sind, z. B. dem unvollkommen adoptirten Kinde, oder Geschwistern als Miterben der Aeltern; auch von der dürftigen Wittwe. Dagegen wird nicht mehr gezählt, wer schon beim Leben des Erblassers (nach heutigem Recht) gültig auf sein Erbrecht verzichtet hat. Vgl. Unger §. 80. A. 2. 3. [Schröder S. 280 fg.]

## 2) Hinterlassung des Pflichttheils.

### §. 594.

Der Pflichttheil kann dem Berechtigten sowohl durch Vermächtnisse und Schenkungen auf den Todesfall als durch Erbeinsetzung hinterlassen werden[a]. Alles, was ihm auf den Todesfall aus dem Vermögen des Erblassers zugewendet wird, muß er sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen; nicht, was er zwar durch Verfügung des Erblassers aber nicht als Gabe aus dessen Vermögen[b],*) oder was er zwar aus diesem Vermögen aber nicht durch Zuwendung des Erblassers erhält[c], auch nicht[d], was ihm nachträglich durch Substitution oder Anwachsungsrecht zukommt[1]. Ob das Hinterlassene den Pflichttheil erfülle[2], ist nach dessen Werthe zur Todeszeit zu bemessen[e]. Aber auch die Schenkung unter Lebenden, die mit dieser Bestimmung gegeben war, wird in den Pflichttheil eingerechnet[f], sodann die dos oder donatio propter nuptias[g], welche dem Berechtigten vom Erblasser als seinem Ascendenten bestellt war[3]; diese Gegenstände sind dann aber auch bei Berechnung des Betrages des Pflichttheils mit in Anschlag zu bringen, als ob sie zur Zeit des Todes noch in der Erbschaft sich befänden[4].

[a] §. 6. J. h. t. 2. 18. L. 8. §. 6. D. h. t. L. 33. pr. Cod. h. t. cf. L. 36. pr. §. 1. (L. 36. pr.) eod. [b] cf. L. 36. 38. D. de m. c. donat. 39. 6. [c] arg. L. 36. §. 1 b. (L. 36. pr. in f.) Cod. h. t. 3. 28. [d] L. 36. §. 1 b. (L. 36. pr.) cit. [e] §. 593. not. e. [f] §. 6. J. h. t. 2. 18. L. 25. pr. D. h. t. L. 35. §. 2. Cod. h. t. [g] L. 29. Cod. h. t.

Anm. [* Z. B. conditionis implendae c. oder durch Pupillar-Subst. Wohl aber sind einzurechnen alle Vermächtnisse, auch wenn sie Sachen des Onerirten oder eines Dritten zum Gegenstande haben; der Vf. betrachtet eben auch diese als Gaben aus dem Vermögen des Erblassers, s. §. 541 z. A.]

1 Ueber verschiedene Meinungen in Betreff dieses Punktes vgl. Arndts a. a. O. S. 131 fg. (civ. Schr. S. 612.) A. 228., dagegen wieder Brinz §. 202. S. 848. Windscheid §. 581. A. 7 fg. vgl. Unger §. 81. A. 7. [„Nachträglich" d. h. „wenn nicht schon zur Zeit des Todes der Fall der Substitution oder Anwachsung eingetreten war" s. civ. Schr. S. 612. Windscheid dagegen (bei A. 9) schließt nur das von der Einrechnung aus, was der Berechtigte erst nach Anstellung der Anfechtungsklage erhält.]

2 Ueber den Fall insbesondere, wenn der Berechtigte schlechthin auf den Pflichttheil oder auf die dem Pflichttheil entsprechende Quote der Erbschaft eingesetzt ist: Arndts das. S. 130 fg. [civ. Schr. S. 611.] A. 225. vgl. Unger §. 82. A. 1.

3 Nach R. R. auch noch der Werth eines käuflichen Dienstes (militia), der dem Pflichttheilsberechtigten vom Erblasser verschafft war: L. 30. §. 2. Cod. h. t. 3. 28. (§. 529. A. 2.) Ohne Grund dehnen Manche diese Einrechnung in den Pflichttheil noch weiter aus, z. B. auf gewöhnliche Schenkungen, wenn einem andern Pflichttheilsberechtigten dos oder donatio propter nuptias angerechnet wird, oder auf das zum Ankauf irgend einer Sache Gegebene, oder wenigstens auf alles, „was zum Ankaufe von Etwas, wodurch der Sohn versorgt, ihm sein Fortkommen eingerichtet wird, verwendet wurde". So Puchta Vorles. §. 489. mit dem Zusatze: „dies können sein käufliche Aemter, sonstige Stellen, z. B. Canonicate, aber auch Sachen, z. B. eine Gewerbsgerechtigkeit, Landgut u. dgl." Vgl. dagegen L. 20. §. 2. (L. 20. pr. i. f.) Cod. de collat. 6. 20. Regula, ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit ... Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est. Die Collation empfiehlt sich durch die Billigkeit mit Rücksicht auf die Miterben; für die Beschränkung eines Erben auf seinen Pflichttheil und in Ansehung desselben spricht keine solche Rücksicht. Arndts a. a. O. S. 132 [civ. Schr. S. 612.] fg. — Vgl. aber Unger §. 81. A. 8. 9.

4 Vgl. Unger §. 81. A. 11..14.

## §. 595.

Was dem Notherben zur Befriedigung seines Pflichttheilsrechts beim Ableben des Erblassers gebührt, soll ihm sofort unverkürzt, ohne Beschränkung und Belastung, gewährt werden. Eine beschränkende Nebenbestimmung (Bedingung, Zeitbestimmung oder Auflage) bei einer letztwilligen Verfügung für den Pflichttheilsberechtigten ist ungültig, soweit dadurch die Entrichtung des Pflichttheils ins Ungewisse gestellt, verzögert oder in ihrer Wirkung verkürzt würde*; sie gilt nur in Ansehung desjenigen, was die Verfügung über den Betrag des Pflichttheils gewährt 1. Ist jenem die ganze Erbschaft als Fideicommiß von einem späteren Zeit-

* L. 32. Cod. h. t. 3. 28.

punkt an hinterlassen, so kann er die Entrichtung des Pflichttheils sofort, die Restitution des Uebrigen später fordern[b]; ist er selbst zum Erben eingesetzt und der Nießbrauch der Erbschaft einem andern vermacht, so erhält er den Pflichttheil frei vom Nießbrauch, der sich nur auf die übrigen Erbtheile beschränkt[c]; und so auch kann er, wenn ihm die Restitution der Erbschaft auferlegt ist, ohne Rücksicht auf den Fruchtgenuß der Zwischenzeit, die Pflichttheilsquote der Erbschaft rein und unbeschwert für sich behalten[d]. Indessen kann der Erblasser, indem er dem Notherben mehr als den Pflichttheil bestimmt, gültig verordnen, daß derselbe diesen Mehrbetrag nur dann erhalten solle, wenn er eine das Ganze betreffende Beschränkung oder Auflage sich gefallen lasse[2].

Anm. [1] L. 32. Cod. cit. . . Si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura . . . (im)minuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. Daher ist die bedingte Erbeinsetzung, insofern sie den Pflichttheil gewähren soll, als unbedingte wirksam, was jedoch nicht auf die Substitution Anwendung findet, die noch gar keine Hinterlassung des Pflichttheils enthält. Vgl. §. 594. not. d. — Ueber „Pflichttheilsverletzung durch gegenseitige Fideicommißsubstitution des Ueberlebenden" (L. 12. Cod. h. t.) vgl. Rudorff in Bekker's Jahrb. V. 13.

[2] Dies ist die sog. Socinische Cautel, *cautela Socini*, so genannt nach Marianus Socinus dem jüngern († 1556. in Siena), welcher die Zulässigkeit dieser Aushülfe in einem Gutachten ausführlich vertheidigt hat. Vgl. H. W. Koch über die Socinische Cautel. Gießen 1786. Glück Th. 7. S. 86 fg. [Schröder §. 45.] Die Beschränkung kann auch darin bestehen, daß der Notherbe nicht Errichtung eines Inventars verlangen, widrigenfalls auf den Pflichttheil beschränkt sein solle. Arndts a. a. O. S. 136 (616) fg. Vgl. aber Unger §. 81. A. 5.

### 3) Schutz des Pflichttheilsrechts.

## §. 596.

### a) Gegen Verletzung durch den letzten Willen.

Wenn einem Pflichttheilsberechtigten nicht der ganze Pflichttheil hinterlassen ist, ohne daß zugleich sein Anspruch auf Erbeinsetzung verletzt ist (§. 598.), so hat er eine persönliche Klage auf Ergänzung des Pflichttheils[a], *actio ad supplendam legitimam*, suppletoria s. expletoria[1], gegen die Erben[b], beziehungsweise Miterben, auch gegen den Universalfideicommissar, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, gegen andere Notherben

[b] L. 36. §. 1 c . . e. (§. 1.) Cod. h. t. [c] Nov. 18. cap. 3. [d] L. 32. Cod. cit. cf. L. 8. §. 11. D. h. t.

[a] §. 3. J. h. t. 2. 18. L. 30. pr. L. 36. pr. . . §. 1 b. (L. 36. pr.) Cod. h. t. 3. 28. [b] Nov. 115. cap. 5. pr.

jedoch nur, insofern sie mehr als den Pflichttheil erhalten haben[2]. Die Klage ist zu vergleichen der Klage aus dem ausdrücklich angeordneten Vermächtniß des Pflichttheils[3], geht auch gleich dieser auf die Erben über[c], wird nicht ausgeschlossen durch Anerkennung des Testaments oder Annahme des darin Hinterlassenen, wenn nicht eine deutlich erklärte Verzichtleistung auf das Fehlende hinzukommt[d], und verjährt erst in 30 Jahren[4]. Als Miterbe kann der Pflichttheilsberechtigte seine Ergänzungsforderung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen. Ist er allein zum Erben eingesetzt oder doch wenigstens auf die dem Pflichttheil entsprechende Quote der Erbschaft, so bedarf er der Ergänzungsklage nicht (§. 595.).

Anm. [1] Die Klage wird auch wohl condictio ex lege 30. Cod. de inoff. test. genannt. Vor diesem Gesetze Justinian's erzeugte jede Schmälerung des Pflichttheils, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich die Ergänzung angeordnet hatte, die *querela inofficiosi testamenti*, welche Rescission des Testaments bewirkte. Nun aber sollte in solchem Fall die Regel gelten: omnimodo, etsi non adiiciatur: *viri boni arbitratu repleri* (*debitam portionem*) . . ., attamen ipso iure inesse eandem repletionem. L. 36. pr. Cod. h. t.

[2] Gegen die Meinung, daß andere Notherben nur, sofern sie auf mehr als ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind, zur Ergänzung beizutragen haben (z. B. Francke S. 334. arg. L. 19. D. h. t. 5. 2. [„quasi semis totus ad hanc pertineat"]), vgl. Arndts S. 140 (620).

[3] Manche stellen mit Puchta §. 489. a. E. den Satz auf: „Dieselbe Klage, welche er (der Notherbe) wegen des ihm ausdrücklich Hinterlassenen hat, erstreckt sich auch auf diese gesetzliche Ergänzung", wornach also die sog. actio suppletoria nach Umständen bald die wahre Vermächtnißklage, bald auch hereditatis petitio sein könnte. Dieser Satz ist unhaltbar: Arndts a. a. O. S. 138 (618) fg.

[4] Nicht in fünf Jahren, wie die querela inofficiosi testamenti. Nicht entgegen steht L. 34. Cod. h. t., in welcher der Satz: *tunc etenim . . . competebat* als Parenthese auszuscheiden ist. Francke S. 335 fg.

## §. 597.

### b) Gegen Verletzung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden [1].

Der Erblasser soll auch bei Lebzeiten nicht durch übermäßige Freigebigkeit gegen Andere den künftigen Anspruch seines Notherben auf einen gewissen Theil seines Vermögens schmälern oder vereiteln. [Vgl. §. 605 a. E.] Diesem wird daher 1) *querela inofficiosae donationis* gegeben[a], zur Anfechtung einer pflichtwidrigen oder lieblosen weil übermäßigen Schenkung des Erblassers (inofficiosa, immodica donatio), d. i. einer Schenkung [unter Lebenden[2]], die für sich allein oder in Zusammen-

[c] L. 34. Cod. eod. [d] L. 35. §. 2. eod.
[a] Cod. de inofficiosis donationibus. 3. 29. cf. L. 87. §. 3. D. de legat. II.

rechnung[2 a] mit andern vorhergehenden Schenkungen[b] so viel betrug, daß sie den Pflichttheil nach dem Vermögensstande vor den fraglichen Schenkungen nicht übrig ließ, vorausgesetzt, daß in Folge dessen der Notherbe beim Tode des Schenkers aus dessen Nachlaß, mit Inbegriff der ihm selbst gemachten Schenkungen, wirklich weniger erhält, als sein Pflichttheil ohne jene Minderung des Vermögens betragen würde[c 3]; die Klage geht gegen den Beschenkten oder dessen Erben [nicht auch Dritte], auf Rescission der Schenkung und Zurückgabe ihres Gegenstandes, soweit es dessen zur Beseitigung der Pflichttheilsverletzung bedarf[d 4 5]. Sodann hat derselbe 2) *querela inofficiosae dotis*[e], wenn die Verletzung des Pflichttheils durch Bestellung einer Dos bewirkt worden, gegen den Mann oder nach Auflösung der Ehe gegen den Rückempfänger der Dos, übrigens unter gleicher Voraussetzung und zu gleichem Zweck, wie die erste Klage[6].

Beide Klagen finden [gleichviel übrigens, ob der Schenker testatus oder intestatus stirbt[7]], gleich ihrem Vorbilde[8], der querela inofficiosi testamenti[f] [§. 605.], nur dann statt, wenn es an einem andern Rechtsmittel zur Erreichung desselben Zweckes fehlt[g]; sie verjähren in fünf Jahren, vom Tode des Erblassers an[h], gehen auf die Erben des Verletzten nur über, wenn dieser den Willen, sein Recht geltend zu machen, an den Tag gelegt hatte[i], und werden beseitigt durch Anerkennung von Seiten des Verletzten.

Anm. 1 Ueber obige beide Rechtsmittel und manchfaltige darauf bezügliche Streitfragen vgl. Francke S. 498 fg. [Schröder S. 498 fg.] Mühlenbruch Th. 36. S. 38 fg. Arndts im Rtslex. VIII. S. 162 (643) fg. Brinz Pand. S. 851 fg. Keller §. 518. Windscheid §. 586. Unger §. 86. vgl. auch Fitting im civ. Arch. L. 4. (ein „Rechtsfall"). [Breidenbach z. L. v. d. Rescission pflichtwidriger Schenkungen, im Arch. f. civil. Praxis Bd. 27 und 28.] Stammler z. L. v. d. querela inofficiosae donationis, im prakt. Arch. n. F. VIII. S. 192 fg. [Costi de quer. inoff. donat. et dotis (Berlin 1858). W. Marcusen üb. d. Rescission pflichtw. Schenkungen (Bern 1880)].

2 [„Nicht hierher gehören Schenkungen von Todeswegen; dieselben sind, soweit sie den Pflichttheil schmälern, einfach hinfällig, wie Vermächtnisse." Windscheid A. 1. Schröder S. 501 fg.] Auf onerose Veräußerungen findet die querela inofficiosae donationis Anwendung, wenn und insofern dieselben eine versteckte Schenkung enthalten. [Schröder S. 550 fg.] — Ueber analoge Anwendung auf Pflichttheilsverletzung durch Erbvertrag oder Einkindschaft nach heutigem Recht vgl. Seuffert's Arch. IV. 135. 138. 248. V. 36. VII. 76. IX. 321. [Schröder S. 499 fg.]

b arg. L. 1. 3. 5. 6..8. Cod. h. t. c arg. Nov. 92. cap. 1. d arg. L. 2. 5. 7. 8. Cod. h. t. Nov. 92. cap. 1. pr. cf. L. 87. §. 3. D. cit. e L. un. Cod. de inofficios. dotibus. 3. 30. f L. 1. 2. 4. 6. 9. Cod. h. t. 3. 29. g L. 4. Cod. h. t. cf. L. 2. eod. fragm. Vat. §. 281. h L. 2. Cod. h. t. cf. L. 34. in f. Cod. de inoff. test. 3. 28. i L. 9. Cod. cit. cf. L. 6. §. 2. L. 7. 8. pr. D. de inoff. test. 5. 2. L. 34. 36. §. 2 b. (§. 2. i. f.) Cod. eod. 3. 28.

[2a Vgl. Schröder §. 63: „Verletzung bei einer Mehrheit von Schenkungen."]

[3 Verkürzungs-Absicht, fraus, ist nicht erforderlich. Windscheid A. 10.; — a. M. ist Schröder S. 515.]

[4 Aber auch nur soweit. Dies ist herrschende Ansicht (s. Windscheid A. 13.). Manche gehen weiter und verlangen bald gänzliche Rescission, bald bis zum Betrage der Intestatportion — unter Berufung auf die Anal. d. quer. inoff. test. und auf L. 87. §. 3. D. de leg. II. So Zimmern, Hille, Breidenbach u. A. Gegen sie und für die herrschende Ansicht Schröder §. 64. und Marcusen. Letzterer glaubt, L. 87. cit. sei nicht allgemein verbindlich gewesen. Die Meisten nehmen an (so auch Schröder S. 533.), L. 87. cit. enthalte älteres Recht.]

5 Nach L. 5. Cod. h. t. 3. 29. geben Viele auch dem Schenker selbst das Recht des Widerrufs einer übermäßigen Schenkung [keine querela, sondern eine condictio ex lege], falls ihm später noch rechtmäßige Kinder geboren werden. Vangerow §. 482. S. 280. Windscheid A. 15. Vgl. aber Arndts a. a. O. S. 163. (644). A. 377. und S. 169 (649). — Unger §. 86. A. 7. vgl. A. 3.

[6 Vgl. Schröder S. 547 .. 550.]

[7 L. 3. Cod. h. t. 3. 29. Marcusen S. 8.]

[8 Vgl. Marcusen S. 7 fg., aber auch S. 12.]

## B. Anspruch auf Erbeinsetzung.

### §. 598.

#### 1) Vorschrift der Erbeinsetzung.

Die Hinterlassung des Pflichttheils allein genügt den Erbansprüchen der Kinder und Aeltern nicht; sie sollen auch, wenn der Erblasser ein Testament errichtet, zu Erben eingesetzt sein, es wäre denn ihre Ausschließung durch Angabe eines gesetzlichen, in Wahrheit beruhenden Enterbungsgrundes gerechtfertigt; widrigenfalls können sie gegen das Testament als gesetzliche Erben auftreten. Indessen kann deren Erbeinsetzung auch auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkt sein; nur darf sie nicht eine Erbeinsetzung auf Nichts sein, daher auch nicht auf Etwas, das dem Eingesetzten selbst gehört, mag dies auch vom Erblasser herrühren und sogar in den Pflichttheil einzurechnen sein, ausgenommen wenn dem Erblasser noch eine letztwillige Verfügung darüber zusteht. Auch eine bedingte Erbeinsetzung, die es zur Todeszeit noch ist, genügt nicht, ausgenommen, wenn die Bedingung eine reine Potestativbedingung ist[1]. Ist aber der Notherbe als Vulgarsubstitut eingesetzt, so werden nur die vorhergehenden Grade der Erbeinsetzung, in Ansehung deren jener nicht eingesetzt und nicht rechtmäßig enterbt ist, als der gesetzlichen Vorschrift nicht entsprechende Bestimmung über die Erbfolge beseitigt[2].

Anm. [1] [Vgl. Maassen Civil. Erörtgn. S. 11 fg.]

[2] Nach dem Recht des Codex und der Digesten hatten noch nicht alle pflichttheilsberechtigten Kinder und Aeltern auch Anspruch auf Erbeinsetzung; sie hatten nur, wenn ihnen nicht irgendwie wenigstens ein Theil des Pflichttheils hinterlassen war, querelam inofficiosi testamenti, eine Klage von eigenthümlicher Natur und Beschränkung, welche Rescission des Testaments durch richterliches Urtheil und somit Intestaterbfolge herbeiführte. Vgl. §. 593. not. a. §. 596. A. 1. Aber:

1) Nach Civilrecht [Schröder §. 1..14.] mußten *sui heredes* entweder zu Erben eingesetzt oder ausdrücklich enterbt sein, beides in bestimmter Weise; wegen Präterition eines solchen Erben war das Testament seinem ganzen Inhalt nach, oder, wenn der Mangel nur einen Grad der Erbeinsetzung betraf, rücksichtlich dieses Grades, von Anfang an nichtig, wenn der präterirte Suus schon damals vorhanden war; es wurde ipso iure nichtig, wenn der Suus erst später eintrat (*agnatione* oder *quasi agnatione* sui heredis). Inst. de exheredatione liberorum. 2. 13. Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. 28. 2. Cod. de liberis praeteritis vel exheredatis. 6. 28. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis. 6. 29. [Brocher Étude sur la légitime (1868.) p. 64 sv.]

2) Nach prätorischem Recht [Schröder §. 15 fg.] konnten dieselben Personen, welchen ab intestato bonorum possessio ex edicto *unde liberi* deferirt wurde (§. 474. A. 2.), emancipirte Kinder wie sui heredes, und zwar in gleichem Verhältniß wie dort, die eingesetzten Erben verdrängend, *contra tabulas bonorum possessionem* erlangen, wenn sie nicht in gehöriger Weise entweder eingesetzt oder ausdrücklich enterbt waren; wobei aber, wenn das Testament nicht etwa nach 1) nichtig war, die Verfügungen zu Gunsten von Descendenten und Ascendenten bis zum Betrage des Erbtheils eines Notherben, sodann Vermächtnisse zur Restitution einer empfangenen Dos aufrechterhalten wurden, auch andere nicht die Erbfolge der Notherben beschwerende Verfügungen, namentlich auch Pupillarsubstitutionen, wirksam blieben. Dig. de bonorum possessione contra tabulas. 37. 4. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita. 37. 5. Cod. de b. p. contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur. 6. 12. cf. L. 4. Cod. de lib. praet. 6. 28. §. 3..5. J. de exhered. lib. 2. 13.

Diese Beschränkungen des Erblassers waren rein formell [vgl. Schröder §. 11 fg.]; durch Exheredatio [Schröder S. 8. über Ursprung und Entwicklung derselben vgl. Schröder §. 7. 8. Hofmann kritische Studien S. 197 fg.] in gehöriger Form, auch ohne Angabe eines Grundes, wurde das Testament gegen Anfechtung gesichert; der Enterbte konnte nur noch, wie andere Descendenten, wegen Verletzung des Pflichttheils klagen, wenn ihm dieser nicht in anderer Weise hinterlassen war; [und da sich das Pflichttheilsrecht erst in der Praxis des Centumviralgerichts herausgebildet hat (Schröder §. 32. 49. Windscheid §. 578.), so galt im alten römischen, wie noch heute im englischen Rechte volle Testirfreiheit. Keinen stichhaltigen Grund hat für sich die Meinung von Schirmer (Ztschr. f. Rechtsgesch. XV. S. 165..180.), daß nach altem R. (auch noch zur Zeit der 12 Tafeln) der paterfamilias bei dem Vorhandensein eines suus überhaupt kein Testament machen konnte. Gegen ihn Hölder in derselben Ztschft. XVI. S. 211..219. und Hofmann a. a. O. S. 209 fg.] Vgl. darüber außer der oben §. 591. A. angegebenen Literatur, die vorzügliche Darstellung von A. Schmidt das formelle Recht der Notherben. Lpz. 1862. und jetzt Leist in der Fortsetzung von Glück, Th. 3. S. 80..200. (Comment. zu d. titt. Dig. de bon. poss. contra tabulas. 37. 4. und de legatis praestandis contra tab. b. p. petita. 37. 5.) [Hölder

S. 88..117: „das Notherbenrecht der sui her. u. die l. Voconia"; zustimmend Scheurl in der krit. Vjschft. XXIV. S. 215 fg.; dagegen Fr. Kahn (s. §. 562. A. 1.) S. 44 fg., S. 81 fg.] — Justinian hat nun aber durch Nov. 115. cap. 3. 4. (v. J. 542., im Authenticum Nov. 111.) vorgeschrieben, daß Ascendenten alle ihre pflichttheilsberechtigten Descendenten und umgekehrt diese ebenso ihre pflichttheilsberechtigten Ascendenten zu Erben einsetzen oder deren Nichteinsetzung durch ausdrückliche Angabe eines der in diesem Gesetze genannten Enterbungsgründe rechtfertigen sollen; er hat mit der Verletzung dieser Vorschrift bestimmte Folgen verbunden, die von den Folgen der Verletzung des Pflichttheils- oder Notherbenrechts nach bisherigem Recht wesentlich abweichen. Vgl.:

a) Nov. 115. cap. 3. pr. Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae, suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.

b) Cap. 3. in f. ibid. Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte venire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.

c) Cap. 4. pr. eod... Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

d) Cap. 4. in f. ibid. Si autem haec non fuerint observata, nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus, legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem. Si quid autem pro legatis sive fideicommissis aut libertatibus aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere.

Nach diesem Gesetz besteht nun in dieser Beziehung ein gemeinschaftliches Recht für alle Descendenten und für Ascendenten. Es ist aber sehr streitig, ob daneben noch das besondere Recht der sui heredes und emancipirten Kinder (nach 1. 2.) bestehe oder nicht? Das erste (sog. Corrections- oder Additionalsystem wird z. B. noch vertheidigt von Vangerow §. 486. Mayer Erbr. I. S. 262 fg. Bering S. 424 fg.; das andere (sog. Derogations- oder Reformsystem) von Bluntschli, Francke, Mühlenbruch a. a. O. (von diesem mit der Modifikation, daß doch bezüglich der sui und emancipati auch die Verletzung der alten Formvorschriften dieselbe Wirkung habe, wie der Verstoß gegen die Bestimmungen der Nov. 115.), Puchta §. 493. (von diesem mit der besonderen Wendung, daß nach Nov. 115. auch die Formvorschriften des älteren

Rechts bei allen Descendenten und Ascendenten zu beobachten seien), Seuffert §. 658 bis 662. u. a., neuerdings auch Keller Pand. §. 521. Brinz S. 743 fg. Köppen Erbr. I. S. 151 fg. Tewes II. S. 471 fg. Vgl. Arndts a. a. O. S. 117 (597 fg.). „Welche von diesen Theorien nun an sich vorzuziehen wäre, darüber kann man nicht lange zweifelhaft sein. Die letzte gewährt einfache im Wesentlichen befriedigende Resultate, sie beseitigt Unterschiede, die zu Justinian's Zeit keinen rechten Grund mehr hatten, schneidet dadurch eine Menge von schwierigen Verwicklungen ab und entspricht so dem praktischen Bedürfnisse einer Zeit, welcher ein so verwickeltes, oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe noch schwieriges Recht ein Stein des Anstoßes sein mußte. Die erste dagegen läßt nicht nur gegen den Geist des neueren Rechts alle jene Unterschiede bestehen, sondern vermehrt sogar noch die Verwickelung und führt Schwierigkeiten herbei, für die sich kaum eine Lösung finden läßt." Zu den Gegnern dieser Ansicht gesellt sich aber Schmidt a. a. O. S. 182 fg., insofern als er die früheren Formvorschriften und die besonderen Folgen ihrer Nichtbeobachtung durch Nov. 115. gesetzlich nicht beseitigt hält, jedoch zugleich anerkennend, daß das sog. vollständige Derogationssystem vom Standpunkt des heutigen Rechts seine volle Berechtigung habe (S. 191 fg.). Auch Baron §. 416. a. E. gibt zwar zu, daß das Nebeneinanderbestehen von vier Notherbrechtssystemen den Rechtszustand in eine wahre Calamität versetzt, und daß Justinian der Vereinfachung der Rechtsregeln durch Aufhebung veralteter Rechtsvorschriften sehr zugethan war, findet aber dadurch die Richtigkeit des Derogationssystems nicht genügend bewiesen, da Novelle 115. die Aufhebung des älteren formellen Notherbrechts mit keinem Worte andeute. Dagegen erklärt sich Windscheid §. 592. in Uebereinstimmung mit den Basiliken und der Glosse entschieden für das Derogationssystem.

### 2) Folgen der Verletzung.

### §. 599.

Wenn in einem Testament Kinder oder Aeltern nicht nach Vorschrift des §. 598. zu Erben eingesetzt und auch nicht rechtsgültig ausgeschlossen sind, so können sie durch die einfache Erklärung des Willens, als gesetzliche Erben einzutreten, die Erbeinsetzungen des Testaments beseitigen und nicht nur für sich, sondern zugleich für alle diejenigen, die mit ihnen dazu berufen sind, die Intestaterbfolge herbeiführen. Sie können demnach auch sofort ihr Recht als Intestaterben gegen die eingesetzten Erben wie gegen andere Personen durch die ordentliche Erbschaftsklage geltend machen. Diese verjährt nach der allgemeinen Regel erst in dreißig Jahren, steht auch den Erben des Notherben zu, sobald dieser nur jenen Willen erklärt hat, oder auch ohnedies vermöge Transmissionsrechts (§. 512 . . 516.), und wird nicht ausgeschlossen durch Annahme eines Vermächtnisses nach dem Testament, wenn darin nicht deutlich eine Verzichtleistung auf die Erbfolge ausgesprochen liegt, sowie auch andererseits der vergebliche Versuch, gegen das Testament die Erbfolge als Notherbe zu behaupten, nicht den Verlust der diesem hinterlassenen Vermächtnisse bewirkt. Wird das verletzte Notherbenrecht

**gegen das Testament nicht geltend gemacht, so sind die übrigen Intestaterben nicht berechtigt, dieses anzufechten.**

Anm. Auch über die Folgen der Verletzung des Notherbenrechts nach *Nov. 115.* sind die Ansichten sehr verschieden, insbesondere darüber, wie die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen eintrete? und mit welchem Rechtsmittel daher die Erbfolge gegen das Testament geltend zu machen sei? Man unterscheidet in dieser Beziehung gewöhnlich drei Hauptansichten oder Systeme: das sog. Nullitätssystem, das Inofficiositätssystem und ein gemischtes System, wodurch aber noch keineswegs alle wesentlichen Meinungsverschiedenheiten bezeichnet sind. Diese sind folgende: 1) Das Mittel zur Anfechtung des Testaments nach Nov. 115. ist in allen Fällen die *querela* inofficiosi testamenti, mit ihren Eigenthümlichkeiten nach bisherigem Recht, wodurch denn richterliche Rescission des Testaments in Ansehung der Erbeinsetzung erwirkt wird; dies ist das sog. Inofficiositätssystem, von Bulgarus aufgestellt, von Cuiacius und Donellus gebilligt, jetzt noch vertheidigt u. a. von Mayer Erbr. I. S. 286 fg., neuestens von Brinz und Köppen a. a. O., vgl. auch Seuffert's Arch. XIV. 244. 2) Die *querela* inofficiosi testamenti greift nur dann Platz, wenn ein Enterbungsgrund angegeben ist, dessen Wahrheit aber bestritten wird; im andern Fall sind oder werden die Erbeinsetzungen ohne Gebrauch dieser Klage nichtig; ein solches gemischtes System, schon in der Glosse gebilligt [Bluntschli S. 289.], in der Praxis lange Zeit vorherrschend, stellt noch Puchta §. 498. auf, mit der nähern Bestimmung, daß im letzten Fall die ausgeschlossenen Notherben durch die Erklärung, von ihrem Rechte Gebrauch machen zu wollen, die Erbeinsetzungen verdrängen und ab intestato erben, in jedem Fall aber nur zu Gunsten der zur Notherbfolge Berechtigten der Wille des Testators gebrochen werde. 3) Die Erbeinsetzungen sind *ipso iure* von Anfang an nichtig, wenn der nicht gehörig eingesetzte oder enterbte Notherbe schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden war, sie werden es, wie nach altem Recht durch agnatio oder quasi agnatio postumi, wenn derselbe erst später hinzutritt; der Notherbe hat überall nur die sog. Nullitätsquerel, d. i. eine hereditatis petitio ab intestato ex causa nullitatis. Dies ist das reine Nullitätssystem (System der sog. absoluten Nullität), schon vom Glossator Martinus aufgestellt, heutzutage vertheidigt z. B. von Vangerow §. 485., Sintenis §. 198., Schmidt a. a. O. S. 172 fg., wobei jedoch wohl noch die Möglichkeit einer wirksamen bonorum possessio secundum tabulas anerkannt wird, wenn die verletzten Notherben wegfallen. Vgl. Brandis in Linde's Zeitschr. VII. S. 197 fg. 4) Die Erbeinsetzungen werden von selbst nichtig, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers ein nicht eingesetzter oder regelmäßig enterbter Notherbe vorhanden ist. So Mühlenbruch Th. 37. S. 255 fg. und nach ihm Tewes II. S. 477 fg. 5) Die Erbeinsetzungen sind nur nichtig, insofern ein verletzter Notherbe sein Recht gegen das Testament geltend macht; sie werden erst durch den Willen der übergangenen Notherben beseitigt, aber mit der Wirkung, daß nun dieselben als Intestaterben ohneweiteres die hereditatis petitio haben. Dies ist das System der sog. relativen Nullität, oder, wie es richtiger bezeichnet wird, der Rescissibilität durch den bloßen Willen des Notherben, vertheidigt namentlich von Bluntschli und Francke a. a. O., Seuffert §. 658..662. und Arndts a. a. O. S. 106..116. 148. (civ. Schr. II. S. 586..596. 628 fg.), auch Rudorff zu Puchta's Vorles. §. 493. A. 4. Dieser Ansicht schließt sich auch Baron Pand. §. 416. S. 637. an, jedoch mit der Beschränkung, daß die Nichtigkeit der Erbeinsetzungen nur zu Gunsten

der ungehörig Ausgeschlossenen eintrete („denn die gerechten Enterbungen und Uebergehungen werden nirgends in der Novelle für nichtig erklärt"). [In der 2. Aufl. S. 630. (5. Aufl. S. 673.) erklärt sich Baron für das System der absoluten Nichtigkeit.] Windscheid dagegen §. 591. vertheidigt wieder die Ansicht, daß Justinian in Nov. 115. nur eine neue Ordnung der querela inofficiosi testamenti habe geben wollen, und daß also das Recht derselben fortdauere, soweit es nicht ausdrücklich beseitigt sei.

## §. 600.

Die Ungültigkeit beschränkt sich nur auf die Erbeinsetzungen, natürlich mit Inbegriff der Vulgarsubstitutionen; der sonstige Inhalt des Testaments bleibt bei Kraft, wenn dieses aus keinem andern Grunde unwirksam ist, auch dann, wenn die ungültig eingesetzten Erben etwa die Erbschaft noch ausdrücklich ablehnen. So namentlich Vermächtnisse, Ernennung von Vormündern, Pupillarsubstitution; aber nicht auch die Enterbung eines andern Notherben, der vielmehr an der nun eröffneten Intestaterbfolge, ebenso wie solche, die gar nicht zu den Notherben gehören, theilnehmen kann. Auch die Erbeinsetzungen selbst können für diesen Fall der Anfechtung durch die Codicillarclausel als Fideicommisse aufrecht erhalten werden.

Anm. Ueber einzelne Punkte, die auch hier wieder streitig sind, vgl. Arndts a. a. O. S. 151 (631) fg. Schmidt S. 180 fg. Windscheid a. a. O. (§. 599. A. a. E.), insbesondere darüber, ob und inwiefern das wegen Verletzung des Notherbenrechts ungültige Testament durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden könne, vgl. Vangerow §. 527. A. 2. Mayer v. Legaten §. 25. Seuffert's Arch. III. 355. V. 205. VIII. 70. X. 274.

## C. Ausschließung der Kinder und Aeltern.

## §. 601.

### 1) Gründe.

Kinder und Aeltern, die nächste gesetzliche Erben wären, von der Erbschaft auszuschließen, soll nicht der Willkür des Erblassers überlassen sein[1]; es soll aber nicht unmöglich sein, wo jene die Ausschließung verdient haben. Das Gesetz stellt eine Reihe von Gründen auf, aus welchen Kinder durch die Aeltern, sowie, aus welchen Aeltern durch die Kinder rechtmäßig ausgeschlossen werden können. Nur diese gesetzlich angegebenen Gründe sind geeignet, die Ausschließung zu rechtfertigen[2]. Sie beruhen meistens in tadelnswerthem Betragen gegen den Erblasser (daher *causae ingratitudinis* oder *offensionis*); sie setzen eine Schuld des zu Enterbenden voraus, für welche die Enterbung eine verdiente Strafe ist; daher sind sie nicht gegeben, wo es bei einer Handlung an der erforder-

lichen Zurechnungsfähigkeit fehlte, oder diese als Abwehr gegen ungerechten Angriff gerechtfertigt erscheint; sie werden beseitigt durch vollkommene Verzeihung des Vergehens von Seiten des Beleidigten[3]. Uebrigens wird durch einen solchen Enterbungsgrund nicht nur die Nichteinsetzung des Descendenten oder Ascendenten, sondern auch die Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils gerechtfertigt, also auch die Klage auf Ergänzung des letzten und die Anfechtung einer Schenkung oder Dos wegen Verletzung des Pflichttheils ausgeschlossen.

Anm. [1] Nach älterem Recht bedurfte es einer Rechtfertigung nur für Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils; die blos formelle Exheredatio stand ganz in der Willkür des Erblassers. Auch für jene aber waren die Gründe nicht gesetzlich bestimmt, sondern der Erwägung des Richters anheimgestellt. [Schröder §. 42.] Erst Justinian hat durch *Nov. 115.* die Enterbungsgründe gesetzlich festgestellt, zunächst als Rechtfertigungsgründe der Nichteinsetzung, die nun aber seiner Absicht gemäß auch für Schmälerung des Pflichttheils allein genügend sind.

[2] Die einzelnen Enterbungsgründe sind:

a) für Enterbung der Kinder nach Nov. 115. cap. 3. §. 1. Si quis parentibus suis manus intulerit. §. 2. Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit. §. 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam. §. 4. Si cum maleficis ut maleficus versatur; §. 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit. §. 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit. §. 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere. §. 8. Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit et liberi ... vel unus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere ... in quantum esse qui petitur probatur idoneus; hoc tamen ... ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere. §. 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes suos condere testamentum ... §. 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eiusdem professionis fuerint (cf. L. 11. Cod. de inoff. test. 3. 28.). §. 11. Si alicui ex praedictis parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare et dotem ... pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad 25 annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus computari ... §. 12. Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati ... obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento ... §. 13. Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit et eius liberi sive omnes sive unus non festinaverint eum redimere ... §. 14. Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua omnes

beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant... licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

b) für Enterbung der Aeltern nach Nov. 115. cap. 4. §. 1. Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur. §. 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur. §. 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit. §. 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam.... §. 5. Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito vel alio modo alterum vitae alterius insidiari,... liberis... esse licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere... §. 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint... §. 7. His casibus etiam cladem captivitatis adiungimus... §. 8. Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.

Ueber die Auslegung und heutige Anwendung dieser Bestimmungen: Arndts im Rtslex. III. S. 895..900. (civ. Schr. II. Nr. 56. [S. 663..668.]). Schmidt S. 162..165. vgl. Unger §. 88. [Mandry Reichsges. §. 17. Note 17. a. E.]

[3] So die herrschende Meinung; dagegen jedoch Schmidt S. 165 fg., dem darin beistimmt Tewes II. S. 483. Streitig auch, ob auch die erst nach der Testamentserrichtung erfolgte Verzeihung jene Kraft habe? [Für die Bejahung:] Arndts a. a. O. S. 899 (civ. Schr. S. 667) fg. Windscheid §. 590. a. E. u. a.; dagegen Vangerow II. S. 288. u. a. Seuffert's Arch. V. 34.

## §. 602.

### 2) Art und Weise der Ausschließung.

Zu wirksamer Ausschließung von der Erbschaft ist erforderlich, daß im Testament der Wille des Erblassers, einen Notherben auszuschließen, bestimmt und deutlich ausgesprochen und dafür wenigstens einer der gesetzlichen Enterbungsgründe ausdrücklich angegeben sei[1]. [Doch bedarf es hiezu nicht einer förmlichen Exheredation; auch eine indirekte Erklärung jenes Willens genügt[2]]. Unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes kann die Ausschließung auch blos bedingt geschehen, sowie unter dieser Voraussetzung auch eine bedingte Einsetzung des Notherben gültig ist; angemessener aber ist es, in solchem Fall den Notherben unter Bedingung einzusetzen und unter der entgegengesetzten ausdrücklich auszuschließen. Auch kann die Enterbungsursache selbst bedingungsweise ausgesprochen werden, nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zeit nach der Testamentserrichtung bis zum Tode des Testators, so daß die Enterbung gültig ist, wenn bis dahin der Notherbe sich des bezeichneten Vergehens schuldig gemacht hat. Die Ent-

erbungsursache muß von den eingesetzten Erben als wahr erwiesen werden. Sind mehrere angegeben, so genügt der Beweis der einen oder andern; der Beweis einer nicht angegebenen kann den mangelnden Beweis der angegebenen nicht ersetzen.

Anm. 1 Nov. 115. cap. 3. §. 14. in f. Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas sive certas ex his sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum suam habere firmitatem decernimus. — Cap. 4. §. 9. Si tales igitur causas vel certas vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eisdem heredes aut omnes aut certas aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Vgl. §. 598. A. 1. — Diese Vorschrift über ausdrückliche Angabe und Beweis des Enterbungsgrundes ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn dem Notherben letztwillig der Pflichttheil verkürzt wird. Wenn aber derselbe auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt und in Ansehung des Uebrigen auch ohne Angabe eines wahren Enterbungsgrundes ausdrücklich ausgeschlossen ist, so hat er immer nur ein Recht auf Ergänzung des Pflichttheils, nicht, wie Puchta §. 493. not. n. behauptet, das Recht der Anfechtung des Testaments. Arndts im Rtslex. VIII. S. 187 (civ. Schr. S. 617 fg.). Wird ein Rechtsgeschäft unter Lebenden wegen Verletzung des Pflichttheils angefochten (§. 597.), so kommt es nur auf das Dasein eines Enterbungsgrundes an, welches der Gegner zu beweisen hat.

2 Der Enterbung als erklärter Ausschließung einer Person von der Erbfolge bedurfte es nach älterem Rechte nur in Ansehung der sui heredes und der ihnen im prätorischen Erbrecht gleichgestellten Descendenten (liberi). Diese Exheredatio aber war formell sehr strenge bestimmt, und jeder Verstoß dagegen bedrohte die Gültigkeit des Testaments. Vgl. Arndts „Enterbung" im Rtslex. III. S. 884 [civ. Schr. II. Nr. 56. S. 651] fg. Nach der Nov. 115., nach welcher nun die Enterbung ein in weiterem Umfang bedeutender Begriff geworden, kommen jene formellen Erfordernisse nicht mehr in Betracht. Es kommt nur darauf an, ob der Erblasser den Willen, daß der Notherbe wegen eines bestimmten Enterbungsgrundes von der Erbfolge ausgeschlossen sein solle, deutlich an den Tag gelegt habe. Doch sind die Ansichten auch hierüber verschieden; namentlich sind auch Anhänger des sog. Derogations- oder Reformsystems (§. 598. A.), z. B. Puchta §. 493. [not. e.] wohl der Meinung, daß nun die Erfordernisse gültiger Enterbung wie Einsetzung der sui heredes und emancipirten Kinder bezüglich der pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten zu beobachten seien. Dagegen Bluntschli S. 245 fg. Francke S. 361. 397 fg. Arndts im Rtslex. VIII. 121. 144 (civ. Schr. II. S. 601. 624) fg. Seuffert §. 655. A. 1.

## §. 603.

### 3) Enterbung in wohlmeinender Absicht.

Eine eigenthümliche Ausnahme von der Regel bildet der Fall, wenn der Erblasser durch die Ausschließung eines Notherben für das Beste desselben und seiner Familie zu sorgen, insbesondere z. B. ihrer Verarmung durch zu befürchtende Verschleuderung des Vermögens vorzubeugen

beabsichtigt. Eine solche sog. *exheredatio bona mente* facta ist zulässig und rechtsgültig, wenn es auch an den Erfordernissen der §§. 601. 602. fehlt, vorausgesetzt nur, daß der Grund der Ausschließung vom Erblasser ausdrücklich angeführt und dessen wirklich wohlmeinende Absicht unzweifelhaft sei.

Anm. Vgl. [zu diesem §. übhpt. Schröder §. 43. Von Quellen-Aussprüchen vgl.] a) L. 18. D. de lib. et postum. 28. 2. Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant. L. 12. §. 2. D. de bon. lib. 38. 2. Si quis non mala mente parentis exheredatus sit ... utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem. Cf. L. 16. §. 2. D. de cur. fur. 27. 10. b) L. 25. Cod. de inoff. test. 3. 28. Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicetur, ita posse consulere iure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, *si a patre emancipati fuerint* ... neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. c) L. 16. D. de b. p. c. t. 37. 4. Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit, quasi consumturus bona nepotis, non esse ei dandam bonorum possessionem (contra tabulas). „In diesen verschiedenen Stellen ist unläugbar der Gedanke anerkannt, daß eine auf das wahre Beste des Notherben abzweckende testamentarische Verfügung, wenn gleich sie sonst der Regel nach eine Verletzung der über die Berücksichtigung der Notherben geltenden Bestimmungen enthalten würde, doch als wirksam aufrecht zu erhalten sei. Da nun die Novelle 115. augenscheinlich diesen Fall gar nicht berücksichtigt, sondern nur die gehässige Enterbung oder Präterition an strengere Bedingungen gebunden haben will, so ist man berechtigt, die Enterbung in guter Absicht auch jetzt noch für zulässig zu halten, wenn gleich keiner von den gesetzlichen Enterbungsgründen vorliegt." Arndts im Rtslex. III. S. 901 (civ. Schr. II. S. 669) fg. Gleichwohl ist dies von einigen bestritten; Unterholzner im civ. Arch. II. S. 52 fg. Francke S. 422..444. Vgl. dagegen vorzüglich Mühlenbruch Th. 37. S. 391..465. Schmidt S. 166 bis 169. — Unger Erbr. §. 84. K. Schmidt Enterbung aus guter Absicht, im civ. Arch. LIV. 18.

## II. Recht der Geschwister.

### §. 604.

Vollbürtige Geschwister und halbbürtige von der Vaterseite, *consanguinei*, nicht auch uterini, haben Anspruch auf einen Pflichttheil, nach Maßgabe der §§. 593 .. 595., wenn eine unehrenhafte Person zum Erben eingesetzt ist [1], vorausgesetzt, daß sie, allein oder mit andern [2], zur Intestaterbfolge berufen wären, wenn kein Testament vorläge, und daß nicht ihre Ausschließung von der Erbschaft durch besondere Gründe gerechtfertigt ist. In Erwägung dieser Gründe sowohl, deren ausdrück-

**liche Angabe im Testament nicht erfordert wird, als in Beurtheilung der Unehrenhaftigkeit der eingesetzten Erben ist dem richterlichen Ermessen keine feste Schranke gesetzt[3]. Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister jedenfalls dann anzusehen, wenn sie derselbe Tadel trifft, wie die eingesetzten Erben.**

Anm. [1] Die Hauptstelle darüber ist L. 27. Cod. de inoff. test. 3. 28. (Constantin. a. 319.). Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur: consanguinei autem, durante vel non agnatione, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur (*Krüger:* adsparguntur), vel liberti, qui perperam, et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario herede instituto. Sie ist, mit erheblichen Aenderungen, combinirt aus L. 1. und 3. Theod. Cod. de inoff. test. 2. 19. [Schröder. §. 85.] Bestritten aber ist a) ob den Geschwistern wirklich ein Pflichttheilsrecht, und nicht vielmehr ein Ereptionsrecht wegen Unwürdigkeit der eingesetzten Erben zustehe? Marezoll in Linde's Ztschr. I. S. 185 fg. Vgl. dagegen §. 1. J. h. t. 2. 18. L. 1. D. h. t. 5. 2. L. 21. Cod. h. t. 3. 28. Nov. 1. praef. §. 2. [Schröder S. 265 fg.] b) ob die Erhöhung des Pflichttheils nach Nov. 18. cap. 1. auch für Geschwister gelte? vgl. §. 593. c) ob nicht nach Nov. 118. cap. 3. auch den uterinis dasselbe Recht beizulegen sei? Dagegen L. 1. D. cit. L. 21. Cod. cit. vgl. mit L. 15. §. 2. Cod. de legit. hered. 6. 58. Vgl. übrigens Köppen Erbrecht I. S. 124 fg. [Baron §. 416. IV. behauptet, nach §. 34. R.-Str.-Gb. sei das Pflichttheilsrecht der Geschwister weggefallen; die gegentheilige Ansicht vertritt — wohl mit Recht — Mandry §. 8. a. E.]

[2] Anderer Meinung sind viele (z. B. Puchta §. 488. not. g.) für den Fall der Concurrenz mit Ascendenten, welchen als unbedingt Pflichttheilsberechtigten die Geschwister immer nachstehen sollen; allein ein erheblicher Grund dafür ist nirgend angeführt worden; kränkend für die Geschwister ist es auch, wenn neben Ascendenten an ihrer Statt verächtliche Subjecte zu Erben eingesetzt sind. Wenn indessen zugleich Ascendenten gegen Nov. 115. übergangen sind und von ihrem Recht Gebrauch machen, so tritt nun auch für die Geschwister Intestaterbfolge ein. Arndts im Rtslex. VIII. S. 158 fg. (civ. Schr. II. S. 639.).

[3] L. 5. D. de inoff. test. 5. 2. Verbi *de inofficioso* vis illa ... est: docere immerentem se et ideo (et) indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum. Speciell anerkannt sind einige Ausschließungsgründe in Nov. 22. cap. 47. pr. (vgl. §. 520. A. 2. Nr. 2. h.) und in Nov. 115. cap. 3. §. 12. 13. (vgl. §. 601. A. 2. a.). Die übrigen Enterbungsgründe der Nov. 115. können dem richterlichen Ermessen ebenfalls als Anhaltspunkte dienen. Vgl. Seuffert's Arch. VII. 340. 341.

## §. 605.

Ist den Geschwistern bei Einsetzung einer verächtlichen Person nichts hinterlassen, so können sie mit der *querela inofficiosi testamenti* [1] das Testament anfechten [*], hoc colore quasi non sanae mentis testator

[*] L. 27. Cod. h. t. 3. 28.

fuerit[b]. Sie geht gegen den eingesetzten Erben, nachdem dieser die Erbschaft erworben hat[c], worüber er nach Ablauf von 6 Monaten, wenn beide Parteien in derselben Provinz wohnen, sonst nach einem Jahre zur Erklärung angehalten werden kann[d]; sodann auch gegen dessen Universalsuccessor[e], gegen den Universalfideicommissar, dem jener die Erbschaft restituirt hat[f], gegen den Eripienten[g], und wer sonst anstatt des eingesetzten Erben die zunächst diesem angetragene Erbschaft bekommt[h]. Sie geht, wenn nicht schon angestellt oder doch durch erklärte Annahme der Erbfolge gegen das Testament vorbereitet, auf die Erben nicht über[i], verjährt in 5 Jahren nach Antritt der Erbschaft[k], und wird ausgeschlossen durch Anerkennung des Testaments[l] oder erklärten Verzicht[m], also auch durch Vergleich mit dem eingesetzten Erben[n]. Sind mehrere dazu berechtigt, von denen einer ausfällt, so tritt Anwachsungsrecht für die übrigen ein[o], und wenn die Querel von den zunächst berufenen vollbürtigen Geschwistern nicht angestellt wird oder ohne Erfolg, so können nun die halbbürtigen (durch *successio in querelam*) dazu gelangen[p].

Der Erfolg der Klage, wenn der Kläger obsiegt[2], besteht darin, daß dem Testament durch das richterliche Urtheil alle Kraft benommen wird, als ob es von einem Unfähigen errichtet wäre[q], also nicht blos Erbeinsetzungen, sondern auch Vermächtnisse und andere Bestimmungen ungültig sind[3], was auch durch die Codicillarclausel nicht abgewendet wird[r]. Es tritt Intestaterbfolge ein, jedoch mit Ausschluß anderer ebenfalls zur Querel berufener Personen, welche diese versäumt oder damit nicht obgesiegt haben[s]. Wenn aber mehrere zu Erben eingesetzt sind und der Verletzte nur gegen einen derselben klagt oder gewinnt, so wird das Testament auch nur zum Theil rescindirt; es tritt zum Theil testamentarische, zum Theil Intestaterbfolge ein[t], und die nicht theilbaren Verfügungen bleiben ganz gültig[u]; insbesondere bleibt auch die im Testament enthaltene Pupillarsubstitution in Kraft bestehen[v]. Die Klage soll aber immer nur gegen die verächtlichen, zu Erben eingesetzten Personen Erfolg haben, nicht zugleich gegen andere unbescholtene Erben[w].

[b] L. 2. 5. D. h. t. 5. 2. [c] L. 8. §. 10. D. eod. [d] L. 36. §. 2. Cod. eod. cf. §. 509. not. l. [e] L. 10. Cod. eod. [f] L. 1. Cod. eod. [g] arg. L. 10. cit. cf. §. 520. [h] cf. §. 512..516. L. 20. pr. D. de b. p. c. t. 37. 4. [i] L. 6. §. 2. L. 7. 8. pr. D. h. t. 5. 2. [k] L. 16. 34. in f. L. 36. §. 2. Cod. eod. cf. L. 8. §. 17. L. 9. D. eod. L. 2. Cod. in quib. caus. i. i. r. 2. 40 (41). [l] L. 8. §. 10. L. 31. §. 3. 4. L. 32. pr. D. h. t. 5. 2. [m] L. 17. pr. D. h. t. L. 34. i. f. Cod. h. t. [n] L. 25. §. 1. Cod. eod. [o] L. 17. pr. L. 23. §. 2. D. h. t. [p] L. 31. pr. D. eod. [q] L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. L. 28. in f. eod. [r] L. 13. D. eod. [cf. L. 36. D. de leg. III.] [s] cf. L. 8. §. 8. L. 19. D. h. t. L. 16. pr. L. 17. pr. L. 23. §. 2. eod. (not. o). [t] L. 15. §. 2. L. 25. §. 1. eod. cf. §. 470. N. 2. [u] L. 13. Cod. h. t. 3. 28. [v] L. 8. §. 5. D. h. t. [w] L. 24. D. eod. cf. L. 27. Cod. eod. §. 1. J. h. t. 2. 18.

Ist den Geschwistern nicht der ganze Pflichttheil, aber doch etwas hinterlassen, so haben sie nur eine Klage auf Ergänzung des Pflichttheils (nach §. 596.) gegen die eingesetzten unehrenhaften Personen, soweit der diesen hinterlassene Erbtheil reicht[4]. Die querela inofficiosae *donationis* und *dotis* [§. 597.] wird den Geschwistern in den Gesetzen nicht beigelegt, nach der herrschenden Meinung aber gleichwohl denselben eingeräumt, wenn die den Pflichttheil verletzende Freigebigkeit gegen eine verächtliche Person geübt worden ist[5].

Anm. [1] Diese Klage war vor der Nov. 115. noch praktisch wichtiger, weil sie das Rechtsmittel auch der Kinder und Aeltern gegen Entziehung des Pflichttheils war; nach jenem Gesetz hat die ausgebildete Theorie derselben (sofern man nicht dem sog. Inofficiositäts- oder einem gemischten System huldigt, §. 599. A.) nur noch eine sehr beschränkte praktische Bedeutung und sind manche dieselbe betreffende Rechtssätze ganz weggefallen. Vgl. darüber Vangerow §. 478..481. Arndts im Rtslex. VIII. S. 97..103. 159 (civ. Schr. II. S. 577..583. 640) fg. Dazu Hartmann: über die Natur der querela inofficiosi testamenti nach classischem Recht. 1864. (vgl. [Schlesinger in d.] krit. Vjschr. VII. S. 470 fg.) Windscheid Pand. §. 584. [Sehr ausführlich handelt von dieser Klage Schröder §. 46 fg.]

[2] Der Verlust des Rechtsstreites zieht dagegen für den Kläger Verlust des ihm Hinterlassenen an den Fiskus nach sich. L. 8. §. 14. D. h. t. vgl. §. 520. A. 2. Nr. 1. e. Diese Bestimmung ist jedoch von keiner Erheblichkeit mehr, wenn der Berechtigte, dem wenigstens Etwas hinterlassen ist, überall kein Recht mehr zur querela inofficiosi testamenti hat, vgl. A. 4.

[3] Daher können auch die Vermächtnißnehmer gegen das ungünstige Urtheil Appellation einlegen. L. 29. pr. D. h. t. L. 14. pr. D. de appellat. 49. 1. Ist es aber blos in contumaciam des Beklagten ergangen, so ist es gegen Andere nicht wirksam. L. 14. §. 1. D. l. c. L. 17. §. 1. D. h. t. — Wesentlich abweichend lehrt Puchta §. 494. „Der Geschwister wird in der Nov. (115.) nicht gedacht, für sie gilt daher noch das alte Recht, nur kann auch ihre Querel lediglich die Rescission der Erbeinsetzung zur Folge haben. Denn es wäre widersinnig anzunehmen, daß die Ausschließung der entfernteren und nicht einmal absoluten Notherben eine härtere Folge haben solle, als die der nähern und absoluten." Aber: „diese Argumentation kann, als unzulässige Berichtigung der Gedanken des Gesetzgebers, nicht gebilligt werden." Seuffert §. 663. not. 9. vgl. Arndts a. a. O. S. 160 (640).

[4] Streitig ist, ob nicht nach L. 30. pr. Cod. h. t. die querela inofficiosi testamenti auch dann stattfinde, wenn dem Berechtigten etwas, aber weniger als der Pflichttheil hinterlassen ist, mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er nicht mehr erhalten solle und zu erhalten verdiene? Puchta §. 490. not. n. Dagegen Francke S. 340 fg. Mühlenbruch Th. 36. S. 19.

[[5] Vgl. Windscheid §. 586. A. 3. und die dort Citirten, und Marcusen (s. §. 597. A. 1.) S. 7 fg.]

## §. 606.
## III. Recht der dürftigen Wittwe.

Der Theil des Nachlasses, welcher nach §. 481. der armen Wittwe zukommt, soll dieser auch durch letztwillige Verfügung nicht entzogen oder geschmälert werden. Mag ihr nun weniger als das Gebührende oder gar nichts hinterlassen sein, sie kann immer die Entrichtung des ihrem gesetzlichen Erbtheil entsprechenden Vermögensbetrages als eines durch das Gesetz ihr gewährten Vermächtnisses mittels persönlicher Klage gegen die eingesetzten Erben erwirken. Wird aber durch einen andern Notherben die Intestaterbfolge herbeigeführt, so tritt auch sie als gesetzliche Erbin ein, sofern sie nicht durch andere noch rechtsbeständige Verfügung befriedigt ist.

[Anm. Vgl. Schröder §. 68. Petri d. Pflichttheilsrecht d. armen Wittwe (1874.)]

## §. 607.
## IV. Recht des unmündig Arrogirten.

Demjenigen, der als unmündiges Kind von einem Andern arrogirt wird [s. §. 424.], ist durch Antoninus Pius ein gesetzlicher Anspruch auf ein Viertheil des Nachlasses des Arrogators beigelegt*, für den Fall, daß er durch dessen letzten Willen oder durch Emancipation, wenn diese nicht aus richterlich geprüfter und gebilligter Ursache geschehen, von der Erbschaft desselben ausgeschlossen oder auf weniger als jenes Viertheil beschränkt würde[a]. Er kann das Recht darauf als Forderung an die Erbschaft geltend machen[b], wird aber doch gleich einem Miterben behandelt[c]. — Im Fall einer zur Verkürzung seiner Quarta vorgenommenen Veräußerung kann er die Empfänger, soweit sie noch etwas davon haben, auf Herausgabe oder auf Ergänzung seiner Quart belangen, mit der actio *quasi Faviana* oder *quasi Calvisiana*[1], je nachdem der Arrogator mit oder ohne Testament gestorben ist[d].

Wenn übrigens der Arrogirte zur Zeit des Todes des Arrogators noch in dessen Gewalt sich befand, oder, obwohl emancipirt, doch als leiblicher Descendent zu dessen Intestaterben gehört, so kann er auch das Recht eines Notherben nach §. 593 .. 603, soweit es ihm vortheilhafter ist, in seinem ganzen Umfange geltend machen[2], nur nicht die

[a] §. 3. J. de adopt. 1. 11. L. 22. pr. D. de adopt. 1. 7. L. 2. Cod. eod. 8. 47 (48). cf. §. 424. not. h. [b] L. 8. §. 15. D. de inoff. test. 5. 2. L. 1. §. 21. D. de collat. 37. 6. [c] L. 2. §. 1. D. fam. erc. 10. 2. [d] L. 13. D. si quid in fraudem patroni factum sit. 38. 5.

Quarta und außerdem noch von dem übrigen Vermögen den Pflichttheil als Descendent begehren*.

Anm. * [Vgl. Schröder §. 67. S. 552 fg. Brocher p. 101 sv.]

1 Diese beiden Klagen sind eingeführt zum Schutze der patronatischen Erbansprüche gegen Beeinträchtigung durch Veräußerungen des Freigelassenen und nur analog auf obigen Fall ausgedehnt.

2 Mit Unrecht wollen Manche dem impubes arrogatus das gewöhnliche Notherbenrecht eines Descendenten im Verhältniß zum Arrogator schlechthin absprechen; Francke a. a. O. S. 476 fg. Puchta §. 488. bei not. d. §. 493. a. Anf. §. 562., gestützt auf L. 8. §. 15. D. de inoff. test., welche nur die querela inofficiosi testamenti versagt, weil nach dem Recht der Digesten ohnehin die quarta Divi Pii jedenfalls dem Pflichttheil wenigstens gleichkam, also die immer nur subsidiäre Querel entbehrlich machte. Vgl. Vangerow I. §. 252. Arndts a. a. O. S. 161 (641) fg. Sintenis §. 139. A. 45. Windscheid §. 593. A. 5. — Streitig ist auch noch, ob die quarta Divi Pii vermöge eines gesetzlichen Enterbungsgrundes entzogen werden könne? Francke S. 474 fg., dagegen Vangerow und Arndts a. a. O.; und ob das Recht des Unmündigen über das Alter der Mündigkeit hinaus fortbestehe? Francke S. 473., dagegen Vangerow a. a. O. Sintenis §. 139. A. 48., vgl. Köppen I. S. 133 fg. Windscheid §. 593.

3 Nach dem Recht der Digesten gab es noch einen besondern Fall eines Notherbenrechts, eine bonorum possessio contra tabulas, zu Gunsten des Parens Manumissor, analog dem Rechte des Patronus in Ansehung der Erbschaft des Freigelassenen. Dig. si a parente quis manumissus sit. 37. 12. Darüber eine vorzügliche rechtsgeschichtliche Abh. von A. Schmidt: Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. Heidelb. 1868. In Nov. 115. wird diese bonorum poss. c. t. nicht erwähnt. Wenn sie aber auch nicht stillschweigend durch dieses Gesetz aufgehoben ist, so ist sie doch jedenfalls durch die Praxis beseitigt. Vgl. §. 477. A. 3. Schmidt a. a. O. S. 153 fg.

---

## Viertes Capitel.

### Von dem Erwerb erbloser Güter und andere der Erbfolge analoge Fälle.

### §. 608.

Wenn ein Verstorbener keinen Erben hat, so fällt sein Vermögen als erbloses Gut, *bona vacantia*ᵃ, der Regel nach dem Fiscus zu*, für welchen dasselbe durch seine Beamten nach vorgängiger Prüfung seines Bestandes erworben wirdᵇ. Dieses Recht des Fiscus tritt auch dann ein, wenn der Verstorbene nur solche Erben hat, die gesetzlich auf einen

ᵃ arg. L. 8. §. 15. D. de inoff. test. 5. 2.

ᵃ Cod. de bonis vacantibus et de incorporatione. 10. 10. ᵇ L. 4. 5. Cod. l. c.

Theil der Erbschaft beschränkt sind, in Ansehung nämlich des übrigen Theils[c], so wie in dem Falle, wenn durch Enthaltung eines Suus oder Restitution gegen den Erwerb der Erbschaft die Erblosigkeit herbeigeführt ist[d]. Der Fiscus tritt durch den Erwerb der Güter in die Gesammtheit des Vermögens ein, gleich einem Erben[1]; Verbindlichkeiten wie Rechte[e] gehen auf denselben über, jedoch die ersten freilich mit Beschränkung auf den Bestand der Erbschaft, wenn, wie hier immer geschehen soll, ein gehöriges Inventar errichtet ist[f]. Auch die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse muß er gleich dem Erben[g] entrichten, nicht nur die ihm insbesondere für diesen Fall auferlegt[h] oder für jeden Fall als Intestatvermächtnisse angeordnet sind[2], sondern auch alle, welche der Testamentserbe, durch dessen Ablehnung das Vermögen erblos geworden, hätte entrichten müssen[i], insofern sie nicht auf persönliche Eigenschaften des Beschwerten berechnet sind[k]. Zur Geltendmachung seines Rechts steht dem Fiscus die Erbschaftsklage zu[l]. Durch den Ablauf von vier Jahren jedoch, bevor dem Fiscus die Anzeige von dem erblosen Gute gemacht worden, sind die Besitzer gegen dessen Anspruch gesichert[m][3]. Veräußert der Fiscus die Erbschaft als Ganzes, so geht sein Recht, wie in andern Fällen [§. 540.] vollständig auf den Erwerber über, und wird jener auch von den Verbindlichkeiten befreit[n].

Anm. [* Die einschlägige Literatur ist verzeichnet in Danz Lehrb. d. Gesch. des röm. R. (2. Aufl. 1873.) §. 184. Dazu: Glück Intestat-Erbfolge (2. Aufl. 1822.) §. 206..210.; Burchardi System S. 1100.; Unterholzner Verjährungslehre II. S. 425 fg.]

[1] Das Recht des Fiscus auf bona vacantia wurde durch die *Lex Julia* eingeführt. L. 96. §. 1. D. de legat. I. Streitig aber ist, ob der Fiscus in Ansehung derselben wirklich Universalsuccessor oder nicht vielmehr blos privilegirter Occupant und Singularsuccessor sei? Das letzte ist neuerdings namentlich vertheidigt von Blume im Rh. Mus. IV. 6. [S. 212 fg.] und Elvers praktische Arbeiten Nr. 2., das erste u. a. von Buchholtz Abh. Nr. 4. S. 106 fg. Schmidt de successione fisci ex iure Rom. Jenae 1836. Schröder in Linde's Ztschr. X. 3., mit denen jetzt die Mehrzahl übereinstimmt (arg. not. e. g..i. l. n.); vgl. Vangerow §. 564. Ob aber der Fiscus für die Schulden an sich auch über den Bestand der Erbschaft hafte (not. f.), wird auch von einzelnen Anhängern der letzten Ansicht bestritten, z. B. von Roßhirt Erbr. S. 218 fg. Vgl. übrigens auch Unger Erbr. §. 90. [und den in §. 476. A. 1. cit. Aufs. v. Fdch. Zimmermann].

[c] Nov. 89. cap. 12. §. 4. cf. §. 482. [d] L. 2. D. de succ. ed. 38. 9. cf. §. 519. A. [e] arg. L. 1. Cod. de donat. int. v. et u. 5. 16. cf. not. l. [f] arg. L. 1. §. 1. L. 11. D. de iure fisci. 49. 14. cf. not. n. §. 523. [g] L. 3. §. 5. D. ad Sc. Trebell. 36. 1. cf. L. 6. §. 3. eod. [h] L. 114. §. 2. D. de legat. I. cf. §. 542. A. 1. [i] L. 96. §. 1. ibid. L. 2. §. 1. D. de aliment. leg. 34. 1. L. 14. D. de iure fisci. 49. 14. cf. §. 1. J. de eo cui lib. causa. 3. 11. L. 4. §. 17. D. de fideicomm. lib. 40. 5. [k] arg. L. un. §. 9. Cod. de cad. toll. 6. 51. [l] L. 20. §. 7. D. de her. pet. 5. 3. [m] L. 1. Cod. de quadriennii praescriptione. 7. 37. cf. L. 18. D. de usucap. 41. 3. [n] L. 1. Cod. de hered. vel act. vend. 4. 39. L. 41. D. de iure fisci. 49. 14. L. 54. pr. D. de her. pet. 5. 3. cf. §. 540.

[2] Viele beschränken die Verpflichtung des Fiscus nur auf diese beiden Fälle, läugnen dieselbe bezüglich der in einem destituirten nicht mit der Codicillarclausel versehenen Testamente angeordneten Vermächtnisse. Dagegen Vangerow a. a. O. unter Nr. III.

[[3] Vgl. hierüber L. 10. D. de divers. temporal. praescript. 44. 3. (Papin.), dann die (von Danz mißverstandene) L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14. und die Stellen in not. m. — Bedeutung der vier Jahre? a) es ist keine Ersitzung der bona vacantia; es kommt gar nicht darauf an, daß der gegenwärtige Besitzer während der 4 Jahre besessen habe; b) es ist auch keine Frist für die Vindication von Seiten des Fiscus, sondern c) eine Fallfrist für die Thätigkeit der delatores (Angeber): bei älteren Nachläßen sollten die Vertreter des Fiscus auf gar keine Untersuchung mehr eingehen, sondern die Anzeige unbeachtet lassen. Geschah aber diese rechtzeitig, so sind die bona vacantia (de)nuntiata, wie Fiscalsachen (§. 162.), der ordentlichen Ersitzung entzogen — ein Argument für diejenigen, welche (wie z. B. Kuntze §. 840.) annehmen, daß der Fiscus die bona vacantia ipso iure erwerbe (Brinz äußert sich schwankend, S. 972., aber auch S. 1097.) — B. vac. nondum nuntiata können nach den gewöhnlichen Regeln ersessen werden. Diese Ersitzung und jene 4 Jahre haben nichts mit einander gemein. — Die 4 Jahre sind zu rechnen von dem Zeitpunkt, wo es objectiv gewiß ist, daß der Nachlaß erblos sei. L. 1. §. 2. D. de iure fisci. 49. 14.; auf Jemandes Wissen kommt es dabei nicht an. L. 10. D. de div. temp. pr. 44. 3. (anders versteht Unterholzner II. S. 426. N. 827. diese Stelle).]

## §. 609.

Gewissen Corporationen ist vor dem Fiscus und mit Ausschließung desselben ein Recht auf den erblosen Nachlaß ihrer Mitglieder gegeben, namentlich, abgesehen von mehreren veralteten Fällen[a], 1) dem Regiment, dem der Verstorbene als Soldat angehörte[b], 2) der Kirche in Beziehung auf ihre Geistlichen[c], sodann nach der Praxis 3) den Armenanstalten in Ansehung der darin verpflegten Personen, und 4) den Universitäten in Ansehung ihrer Mitglieder. Das Rechtsverhältniß dieser Corporationen ist eine Universalsuccession gleich der des Fiscus, und wird von Vielen geradezu als eine subsidiäre Intestaterbfolge aufgeführt. — Außerdem ist noch demjenigen, welchem gemeinschaftlich mit dem Verstorbenen vom Regenten eine Schenkung gemacht worden, in Ermangelung von Erben des letzten auch dessen Antheil am Geschenke zugesprochen[d], gleichsam als ein gesetzliches Vermächtniß.

[Anm. Vgl. zu diesem §. Glück Intestaterbfolge §. 203..205.]

[a] Cod. de hereditatibus decurionum naviculariorum cohortalium militum et fabricensium 6. 62. [b] L. 2. Cod. l. c. cf. L. 6. §. 7. in f. D. de iniusto test. 28. 3. [c] L. 20. Cod. de episcop. 1. 3. Nov. 131. cap. 13. [d] L. un. Cod. si *liberalitatis imperialis socius* sine herede decesserit. 10. 14.

## §. 610.

Ein der Erbfolge analoges Verhältniß entsteht noch für diejenigen, welchen die einem Unwürdigen entrissene Erbschaft (oder ein Erbtheil) zufällt[a] [§. 520.], es sei der Fiscus [ebd. A. 2. Z. 1.] oder sonst Jemand [ebd. A. 2. Z. 2.], ausgenommen, wenn es derjenige ist, der ohne den Unwürdigen zunächst dazu berufen wäre, in welchem Falle eine wahre Erbfolge stattfindet[b]. Der Eripient wird einem Erben, beziehungsweise Miterben gleich behandelt, und hat auch gleich diesen eine Universalklage, analog der hereditatis petitio[c].

Ein anderer Fall ist, wenn in Folge eines Verbrechens das Vermögen einer Person ganz oder zum Theil dem Fiscus anheimfällt, Confiscation; dieser haftet auch hier den Gläubigern, aber nicht über den Bestand des Vermögens und nur so lange dasselbe nicht verkauft ist[d]. Das römische Recht gibt aber noch theils wegen Verbrechen, welche diese Folge haben (ausgenommen das Majestätsverbrechen), vor dem Fiscus[e], theils auch wegen gewisser anderer Verbrechen[f], bestimmten Personen ein Recht auf das Vermögen des Verbrechers, welches ganz der Erbfolge analog ist. Indessen sind die Fälle nach heutigem Strafrecht nicht mehr praktisch.

[Anm. Vgl. zu diesem §. Burchardi System §. 294. Windscheid §. 674.]

[a] L. 16. §. 2. D. de his quae ut indign. 34. 9. cf. Nov. 1. cap. 1. §. 4. (§. 520.) [b] L. 2. §. 47. D. ad Sc. Tertull. 38. 17. [c] L. 20. §. 6. 7. D. de her. pet. 5. 3. §. 531. A. 3. [d] Dig. de bonis damnatorum. 48. 20. de bonis eorum qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruperunt. 48. 21. Cod. de bonis proscriptorum seu damnatorum. 9. 49. de bonis mortem sibi conscientium (d. b. eorum qui mortem sibi consciverunt.) 9. 50. [e] Nov. 134. cap. 13. [f] Nov. 134. cap. 10. Nov. 12. cap. 2. 3.

# Register.

Die Zahl bezeichnet die Paragraphen mit den dazu gehörigen Anmerkungen; A. die Anmerkungen, wo diese besonders anzuführen waren.

# Nachträge.

---

Durch unvorhergesehene Ereignisse hat sich die Drucklegung des, großentheils schon vor längerer Zeit fertig gestellten, Manuscriptes der 13. Auflage über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren ausgedehnt. Dadurch entsteht der Schein einer ungleichmäßigen Berücksichtigung der Literatur. So ist z. B. in den §. 213 ff. eine Reihe von Büchern und Aufsätzen über Gesammtschuldverhältnisse nicht angeführt, — einfach aus dem Grunde, weil der Bogen vor dem Erscheinen derselben bereits gedruckt war. Wir glauben versichern zu können, daß wir die jeweils vorhandene Literatur nach Thunlichkeit berücksichtigt haben. Die erwähnte Unvollständigkeit auszugleichen, sind die nachstehenden Verweisungen bestimmt; ihnen sind einige Berichtigungen eingefügt, nämlich zu §. 53. A. 4, §. 67. A. 1, §. 71. A. 3, §. 72. A. 3, §. 74. N. s, §. 79. A. 3, §. 97. A. 4, §. 98. N. g, §. 113. A. 3, §. 491. A. 4, §. 607.

---

Zu §. 1. Anm. 1: vgl. auch Dargun's Reformvorschlag in der Wiener Zeitschr. XI. S. 652 ff. Dernburg Pand. I. §. 1. 19. Note 1.

Zu §. 1. Anm. 2: adde den weiteren Bericht von Rassow in seinen Beiträgen XXX. S. 115 ff.

Zu §. 2. Anm. 3: Conrat die epitome exactis regibus. Mit Anhängen und einer Einleitung. Studien zur Geschichte des R. R. im Mittelalter. Berlin 1884. (Drbr. Landsberg in d. Krit. Vjschr. XXVII. S. 54 . . 79.) Wendt in d. dogm. Jahrb. XXII. S. 303 ff. Dernburg Pand. I. §. 3. 4.

Zu §. 2. Anm. 5: adde Zachariae a Lingenthal. Appendix ad edit. nov. Just. ord. chronol. digestarum (36 S.) 1884.

Zu §. 4. Anm. 4: Das Citat aus unserem Commentar ist so zu ergänzen: „bes. S. 230 ff.; über wissenschaftl. und Juristenrecht: S. 282 . . 297." — Leist Graeco-ital. Rechtsgeschichte S. 544 ff., 596 ff., 760 ff., Gneist in Juristische Abhandlungen (Fest-

gabe für Beseler) S. 221..252, Wendt in dogm. Jahrb. XXII. S. 324 ff., und insbes. zur Frage über die Bedeutung der Gerichtspraxis neuestens Fuchs in Bödikers Mag. IV. S. 272 ff.

Zu §. 4. Anm. 5: Ueber Mandry Reichsges. 2. Aufl. vgl. Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. XI. S. 625 f. (Seither ist von Mandry's Werk die 3. Aufl. erschienen). — Ueber die Gesetzgebung des norddeutschen Bundes und des neuen Deutschen Reiches s. auch Dernburg Pand. I. §. 15. 25.

Zu §. 5 sind in einer Anmerkung zu allegiren: Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 681 ff., Wendt „Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis. Allgemeines und Besonderes" in d. Dogm. Jahrb. XXII. 3. S. 299..414., Eisele Unverbindlicher Gesetzesinhalt, im civil. Archiv LXIX. 6. S. 275..320.

Zu §. 6. Anm. 4: Kohler über die Interpretation von Gesetzen, in d. Wiener Zeitschr. XIII. 1. S. 1..61.

Zu §. 7. Anm. 5: Krämel in Bödiker's Mag. V. S. 21 ff.

Zu §. 13. Anm. 2: Zachariae v. Lingenthal Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justin. Juristen, in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. S. 1 ff.

Zu §. 15. Anm. 1: Ueber die Pariser Papyrus-Fragm. Krüger in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 166 ff., Huschke ebda. S. 181 ff. — Vgl. zu dieser Anm. noch Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 301.

Zu §. 15. Anm. 2: Eine neue Ausgabe: Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa ... recensuit ... (versione latina) instruxit E. C. Ferrini. Berolini 1884.

Zu §. 16. Anm. *: Stintzing Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft I. II. Karlowa Röm. Rechtsgeschichte I. S. 1..17.

Zu §. 16. Anm. 4: Von Heumann's Handlex. erschien 1884 die „6. veränderte und verbesserte Auflage".

Zu §. 18. Anm. 4: adde y) Dernburg Pand. I. 1884. Von Band II. erschienen bisher 2 Lieferungen.

Zu §. 19. Anm. 5 a. E.: Ueber die Schrift von Bähr vgl. G. Hartmann in Krit. Vjschr. XXVI. S. 202 ff., über Bähr und Rechol: Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 513 ff. — Ferner: Bolze die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen I. Leipzig 1886. Krämel Bedenken gegen Entscheidungen des Reichsgerichtes und das Verhältniß der wörtlichen und logischen Auslegung der Gesetze, in Bödiker's Magaz. V. S. 1 ff.

Zu §. 21. Anm. 1: Die Auffassung des Rechtes als einer Willensherrschaft wird nun auch angefochten von Dernburg Pand. I. §. 39., der seinerseits das subj. Recht definirt als einen „dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehenden Antheil an den Lebensgütern". Eine eingehende Untersuchung der Lehre vom subj. Rechte gibt Krainz System d. östr. allg. Privatrechts (Grundriß u. Ausführungen); hgg. u. redigirt v. L. Pfaff. Wien 1885. I. §. 22 ff. bes. S. 188..238. Burckhard Syst. d. östr. Priv.R. II. (1884) S. 458 ff.

Zu §. 21. Anm. 1 gegen Ende: Meurer Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen ... (1885) S. 36 ff., bes. Note 1. Krainz a. a. O. S. 232 f. — Vgl. noch L. Seuffert in der Wiener Zeitschr. XII. 10. S. 617 ff., und über das Werk von Bierling: Geyer krit. Vjschr. XX. S. 382 ff., XXVI. S. 338 ff.

Zu §. 21. Anm. 2: Krainz S. 223..226.

Zu §. 21. Anm. 4: Dernburg Pand. I. §. 40.

Zu §. 22. überh.: Burckhard II. §. 108. (S. 465 ff.)

Zu §. 22. Anm. 2: Ueber den Begriff des Vermögens: Krainz S. 234 f.

Zu §. 22. Anm. 4: Krainz S. 196 ff.

Zu §. 22. Anm. 5: Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts .... (1885). Grundgedanke: Die heutige Wissenschaft operire einseitig mit subj. Rechten und vernachlässige „die concreten, objectiv-rechtlichen Rechtsverhältnisse“. Verschiedene Ansichten üb. d. Begriff „Rechtsverhältniß“ s. ebd. S. 57 fg.

Zu §. 22. Anm. 6: Krainz S. 43 ff., 209 ff., 221 ff. Ueber Verbindung obligatorischer Pflichten mit dinglichen Befugnissen, und von Forderungen mit dinglichen Rechten: Pernice Parerga in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. Nr. 1.

Zu §. 23. Anm. 5: Gegen Scharlach vgl. nun Fitting dogm. Jahrb. XXIII. S. 119 ff. Ueber jus singulare, soweit dadurch historische Anomalien (nicht eigentliches Sonderrecht) bezeichnet werden: Dernburg Pand. I. S. 72. 84.

Zu §. 23. Anm. 6. a. E: Vgl. überhaupt über gebundene und ungebundene Rechte Krainz S. 235..241.

Zu §. 24. Anm. 1: Meurer Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen I. S. 36 ff., 74.

Zu §. 24. Anm. 2: Ueber die Schrift von Voigt vgl. Puntschart Krit. Vjschr. XXVII. S. 1..29. Pfersche in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 267 ff.

Zu §. 24. Anm. 2 gegen E: Jhering dogm. Jahrb. XXIII. S. 303 ff.

Zu §. 25. Anm. 3. a. E: Dernburg Pand. I. §. 50 bes. Note 4. — Rostoski der Beweis des Lebens eines Kindes. Wittenberg 1851. Sturm Muß das Leben und der Tod bewiesen werden? in Rassow's Beitr. XXIX. S. 278 ff.

Zu §. 26. Anm. 1: Sächsisches und schlesisches System der Todeserklärung. Dernburg Pand. I. §. 51. S. 116 ff.

Zu §. 27. Anm. 1: Gegen die hier vertretene Auffassung s. nun auch Dernburg Pand. I. §. 50. S. 114.

Zu §. 28. Anm. 1: Vgl. auch Mommsen Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat, in Jurist. Abhandlungen (Festgabe f. Beseler) S. 253 ff.

Zu §. 28. Anm. 4: Vgl. auch Dernburg Pand. §. 52. Note 5.

Zu §. 31. Anm. 1. a. E: Ueber Lenel ed. perp. vgl. Krüger krit. Vjschr. XXVI. S. 307 ff., Wlassak in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 255 ff.

Zu §. 33. Anm. 1. a. E: Krainz Syst. I. S. 262 ff.

Zu §. 36. Anm. 1: Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 67 ff.

Zu §. 37. Anm.: Insbes. über die Parallele zwischen dem Wahnsinnigen und erklärten Verschwender vgl. Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 53 ff.

Zu §. 38: Bernhöft Der Verwandtschaftsbegriff, in d. Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch. IV. S. 227 ff.

Zu §. 39. Anm. 2: Vorwiegend das preuß. Recht behandelt: Kräwel Ueber die gesetzl. Vermuthung der ehelichen Zeugung im Ehescheidungsproceß, in Bödiker's Mag. VI. S. 21 ff.

Zu §. 41. Anm. 1: Meurer Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen, zugleich eine Revision der Lehre von den juristischen Personen und dem Eigenthümer des Kirchengutes I. (1885) S. 46..158., 239 ff., 290 ff.; II. (1886) S. 66 ff., 111 ff., 210 ff., 250 ff., 419 ff. Krainz Syst. I. S. 273..303.

Zu §. 41. Anm. 3: Dernburg Pand. I. §. 59., Meurer a. a. O. I. S. 73 ff. Krainz S. 273 ff.

Zu §. 41. Anm. 8 u. 9: Auch das moderne Familien-Fideicommiß ist eine eigenartige juristische Person, welche sowohl mit den Stiftungen, als mit den universitates personarum, als mit der hereditas iacens Berührungspunkte hat. Dies ist ausführlich nachgewiesen in Pfaff u. Hofmann Excurse II. S. 219..234., vgl. Commentar II. S. 321..325.

Zu §. 42. Anm. 3: Ueber die soc. publican. vgl. Dernburg Pand. I. §. 60. Note 8., über die zwischen der Corporation und der Gesellschaft bestehenden Unterschiede ebenda §. 61. Krainz S. 281..284. Ueber Sterbegilden: Meurer I. S. 148 ff. Ueber Genossenschaft, Actienverein, Handelsgesellschaft: Krainz S. 285.. 287.

Zu §. 43: Krainz S. 289..297.

Zu §. 44. 45: Krainz S. 297..303.

Zu §. 45. Anm. 6: Ueber das Heimfallsrecht im Falle der Auflösung einer kirchlichen Corporation oder Stiftung Meurer II. S. 419 ff.

Zu §. 46. Anm. 2: Ueber das Subject der (kirchlichen) Stiftungen Meurer II. S. 250 ff. I. S. 239 ff.

Zu §. 46. Anm. 3: Meurer II. S. 258 ff. — Daß der Wegfall des Stiftungsvermögens noch nicht die Vernichtung der Stiftung enthalte, darüber ebenda I. S. 79.

Zu §. 47: Vgl. Heyrovski über die leges contractus 1881. Pernice Parerga, in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. Nr. 1. Meurer a. a. O. I. S. 114 ff.

Zu §. 47. Anm. 1 a. E: Dernburg Pand. I. §. 60. bei Note 6.

Zu §. 48. Anm. 4: Krainz Syst. I. S. 330..335.

Zu §. 48. Anm. 5: Dernburg Pand. I. §. 68. nennt die universitas juris „Sondervermögen".

Zu §. 49. übhpt. vgl. Randa Eigenthumsrecht §. 3.

Zu §. 49. Anm. 2: Vorzüglich hieher gehört die schon mehrmals angeführte Schrift von Meurer (Drbr. Müller in krit. Vjschr. XXVIII. S. 136 ff.). Vgl. bes. I. S. 159 ff., 233 ff., 257 ff., 285 ff., II. S. 2 ff., 66 ff., und insbes. über das Eigenthum an Kirchhöfen und Familien- und Erbbegräbnissen II. S. 18 ff., 30 ff. — Randa Eigenthumsrecht S. 43 fg.

Zu §. 49. Anm. 3: Krainz S. 303..310. Dernburg Pand. I. §. 71. bes. bei und in Note 6., und über die doppelte Bedeutung des Begriffs usus publicus bei Note 4. — Frank Nutzungsrechte an den Gemeinheiten der Hannover'schen Landgemeinden, in Bödiker's Magaz. V. S. 217 ff. Vgl. auch Jhering dogm. Jahrb. XXIII. S. 230 ff., 270 ff.

Zu §. 49. Anm. 4 ist zu Randa's Schrift jetzt hinzuzufügen die treffliche Darstellung desselben Autors in seinem Werke „Das Eigenthumsrecht nach österreichischem Recht." §. 4.

Zu §. 53. Anm. *: Scheurl Weitere Beiträge ... I. Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten (1884.) u. zw. I) .. im Allgemeinen: S. 3..18. Drbr. J. Merkel krit. Vjschr. XXVIII. S. 1..15.

Zu §. 53. Anm. 4. Z. 8 l. statt divisio: diviso.

Zu §. 53. Anm. 4 a. E.: Dernburg Pand. I. §. 76. Note 3.

Zu §. 53. Anm. 5: Eine andere Auffassung nun bei Ryck L. v. d. Schuldverh. I. S. 96 ff.

Zu §. 53. Anm. 6: Scheurl a. a. O. (Theilbarkeit als Eigenschaft v. Rechten.)

Krainz Syst. I. S. 241..244. Ueber die Schrift von Rümelin vgl. Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 501..507.

Zu §. 54. Anm. 1: Vgl. Krainz Syst. I. S. 315..326.

Zu §. 54. Anm. 4: Meurer Heilige Sachen II. S. 4 ff. (z. B. ist die Patene eine Pertinenz des Kelches.)

Zu §. 55. Anm. 4 a. E.: Krainz a. a. O. S. 327..330.

Zu §. 56: Ueber Erwerbung, Belastung, Aenderung und Erlöschung der Rechte vgl. Krainz Syst. I. S. 250..261.

Zu §. 56. Anm 1: Ueber den Unterschied zwischen der römischen und deutschen Auffassung des Rechtserwerbes vgl. Dernburg Pand. I. §. 80.

Zu §. 57. Note a. und Anm. 5: Krainz a. a. O. S. 372..375.

Zu §. 57. Anm. 4: Bechmann Kauf I. S. 184 ff., Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 264 ff., 278 ff., Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 307 ff.

Zu §. 59. Anm. 1: Ueber den Fall der Stellvertretung vgl. Mitteis L. v. d. Stellvertretung S. 266 ff.

Zu §. 59. Anm. 2 a. E.: Dernburg Pand. I. §. 66.

Zu §. 59. Anm. 3: Ueber partielle Handlungsfähigkeit von partiell Geisteskranken Dernburg Pand. I. §. 56 a. E.

Zu §. 59. Anm. 6: Dernburg Pand. I. §. 53. Note 10.

Zu §. 60. Anm. 1 a. E.: Krainz Syst. I. S. 335..338. — Dernburg Pand. I. §. 90. Note 2., in ähnlicher Weise, wie Hartmann vermittelnd zwischen den sich hier gegenüberstehenden Theorien (Willenstheorie, Verkehrs-, Vertrauens-, Läsionstheorie). Vgl. unten §. 231. Anm. 1.

Zu §. 60. Anm. 2: Ueber Scheingeschäfte und verwandte Begriffe Bechmann Kauf I. S. 169 ff., 215 ff., Dernburg Pand. I. §. 100.

Zu §. 61. Anm. 1: Bechmann Kauf II. S. 203 ff.

Zu §. 62. Anm. 1: Ryck der Irrthum bei Rechtsgeschäften, in Jurist. Abhandlungen (Festgabe für Beseler) S. 117..157.

Zu §. 62. Anm. 1: Burckhard östch. Pr.-R. II. S. 284 ff.

Zu §. 62. Anm. 4: Was Savigny unächten Irrthum nennt, bezeichnet Dernburg Pand. I. §. 101 als „Geschäftsirrthum".

Zu §. 62. Anm. 5 a. E.: Wendt dogm. Jahrb. XXII. S. 336 ff.

Zu §. 63 übhpt.: Burckhard a. a. O. S. 271 ff.

Zu §. 63. Anm. 1 a. E.: Bechmann Kauf II. S. 3. ff., Kohler das Rechtsgeschäft. Kritik und Aufbau. I. Die Erfindung als Rechtsgeschäft in d. Wiener Zeitschr. XIII. 4. S. 287 ff. — Ebenda ist dem Citat aus Puntschart (Z. 14 v. u.) beizufügen: und fundamentale Rechtsverh. S. 96 fg.

Zu §. 63. Anm. 2: Puntschart a. a. O. S. 88 fg. Zu Vangerow's Vertragsbegriff bekennt sich nun Pernice in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 108.

Zu §. 63. Anm. 3. Ziff. a: Bechmann Kauf I. S. 237 ff.

Zu §. 63. Anm. 3: Ueber den Unterschied zwischen Verkehrsgeschäften und liberalen Zuwendungen: Dernburg Pand. I. §. 99.

Zu §. 65. Anm. 1: Dernburg Pand. I. §. 93 a. E. unterscheidet zwei Classen von Essentialien, die der Geschäftsart und die des besonderen Willens der Handelnden.

Zu §. 66. Anm. 1. und §. 67: (Begriff und Arten der Bed., Verhältniß zu dies

und modus) Pfaff u. Hofmann Commentar II. S. 542..558. Burckhard östr. Priv.-R. II. S. 316 ff.

Zu §. 66. Anm. 2. u. 3: Die Herausg. sind der Ansicht, daß durch die schwebende Bed. allerdings ein Rechtserfolg (s. §. 70 pr.), nicht aber der Wille und das Rechtsgeschäft ins Ungewisse gestellt sind. Die Wirkungen der c. pendens und der c. deficiens sind genau ebenso Folgen des rechtsgeschäftlichen Willens (des bindenden Vertrages, gültigen letzten Willens . . .) als die Wirkungen der c. impleta. Vgl. unseren Commentar II. S. 543. 544. und Puntschart S. 100 ff.

Zu §. 67. Anm. 1: Vgl. Dernburg Pand. I. §. 108.

Zu §. 67. Anm. 1. Z. 9. 10. lies: des parties (statt: de parties) und: d'une des parties (statt: d'un des parties).

Zu §. 67. Anm. 2: Ueber die psychologische Bedeutung der Suspensivbedingung Bechmann Kauf II. S. 212 ff.; über die Resolutivbedingung ebd. S. 497.

Zu §. 69. Anm. 3 a. E.: Nach dem Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 sind bedingte Eheschließungen unzulässig.

Zu §. 71. Anm. 3. Z. 20 v. unten: lies L. 31. pr. D. 46. 2.

Zu §. 71. Anm. 4: Die Bedeutung der Rückziehung der erfüllten Bedingung besteht darin, daß durch sie das Datum des Geschäftsabschlusses bestimmt wird: Dernburg Pand. I. §. 111.

Zu §. 71. Anm. 6 a. E.: Dernburg Pand. I. §. 112.

Zu §. 72. Anm. 8. Z. 1. ist zu lesen: Vgl. §. 66. Anm. 8.

Zu §. 73. Anm. 1: Burckhard österreich. Priv.-R. II. S. 363 ff.

Zu §. 73. Anm. 6: Gegen die hier vertretene Auffassung nun wieder Dernburg Pand. I. §. 114. bei Note 5 ff., der nur für das ex die constituirte Eigenthum zugeben will, daß es erst mit dem Eintritt des Termins entstehe; „bis dahin habe (der ex die Berechtigte) nur ein dingliches (?) Recht auf den Erwerb des Eigenthums".

Zu §. 74. Note a. lies L. 17. §. 1. D. 40. 4. (nicht §. 2.)

Zu §. 74. Anm. *: Ueber den Begriff des Motivs vgl. nun auch Dernburg Pand. I. §. 94.

Zu §. 74. Anm. 5: Ueber nothwendig abstracte und gewöhnlich abstracte Geschäfte Dernburg Pand. I. §. 95.

Zu §. 74. Anm. 7: Gegen Windscheid neuestens auch Dernburg Pand. I. §. 115 a. E.

Zu §. 74. Anm. ***: Pfaff u. Hofmann Comm. II. S. 614 ff. Krainz I. S. 349..352.

Zu §. 76. Anm. 2: Ueber den Begriff der Stellvertretung vgl. nun L. Mitteis d. L. v. d. Stellvertretung nach R. R. mit Berücksicht. d. östr. R. Wien 1885. S. 1 ff., 188 ff. Ueber den Unterschied zwischen Stellvertreter und Bote ebda. S. 128 ff.: „Generisch bleibt der Bote Stellvertreter." Stellvertreter und Gehilfe: Pininski Thatbestand des Sachbesitzerwerbs (1885) I. S. 145 ff. Ueber die Beweisfrage Mitteis S. 151 ff.

Zu §. 76. Anm. 4: Gegen Hellmann vgl. nun bes. Mitteis a. a. O. S. 9 ff., 23 ff., und über das das heutige Recht beherrschende Princip der directen Stellvertretung S. 69 ff., 307. f. Eine ausführliche Kritik der bisher in der Literatur vertretenen Theorien der Stellvertretung gibt Mitteis S. 84..109. Seine eigene Lehre geht dahin, es sei „die vorhandene juristische Handlung zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu theilen und das Rechtsgeschäft durch ihr Zusammenwirken entstehen zu

lassen; m. a. W. anzunehmen, daß nicht der Stellvertreter allein und nicht der Vertretene allein und ausschließlich juristisch handelt, sondern daß stets sie beide juristisch wahrhaft handeln, und beide Erzeuger des Rechtsgeschäftes sind", gleichviel, ob der Vertreter „als Stellvertreter im technischen Sinne des Wortes oder als Bote aufgetreten ist". S. 110. 119 ff., 265 ff. — Vgl. noch M. Rümelin z. Geschichte der Stellvertretung im Röm. Civilproceß. Freib. 1886.

Zu §. 77. Anm. 2: Vgl. jetzt auch Dernburg Pand. I. §. 119. Note 11., §. 180. Note 5 ff., Kniep vacua poss. I. S. 212 ff., und gegen Schloßmann Mitteis a. a. O. S. 53 ff., 63 ff.; über Vollmacht Mitteis S. 182 ff. — Krainz S. 355..359.

Zu §. 78. Anm.: Dernburg Pand. I. §. 84.; Mitteis Stellvertretung S. 204..264., der die innerliche Zusammengehörigkeit des vom Stellvertreter geschlossenen Geschäftes und der vom dominus ausgehenden Genehmigung scharf betont.

Zu §. 79. Anm. 1: Dernburg Pand. I. §. 120: „Fehlerhafte" Rechtsgeschäfte.

Zu §. 79. Anm. 3. (S. 131 letzte Zeile) lies statt L. 20: L. 29.

Zu §. 80. Anm. 1: (Ueber die Schrift v. O. Frankl. vgl. Krasnopolski krit. Vjschr. XXVII. S. 328 ff.) — Krainz I. S. 365..372.

Zu §. 81. Anm. 1: Ueber die Schrift v. H. Pernice vgl. Brandis in krit. Vjschr. XXVIII. S. 40..44.

Zu §. 82. Anm. 2: Vorwiegend preuß. R. behandelt Pollack der Schenkungswiderruf, insbes. seine Vererblichkeit. Berlin 1886.

Zu §. 84..86: Krainz S. 397..414.; Grueber (s. hier bei §. 324).

Zu §. 86. Anm. 4 a. E.: Vgl. Dernburg Pand. I. §. 86 a. E. u. Note 11.

Zu §. 87. Anm. 2: Rechts-(Gebrauchs-), Anspruchs-(Klagen-)Verjährung: Krainz I. S. 418 f.

Zu §. 89. Anm. 2 a. E.: S. jetzt aber das Reichsgesetz v. 17. Febr. 1875 und dazu Dernburg Pand. I. §. 88. Note 5.

Zu §. 89 a. E.: Fälle, für welche durch Reichsgesetze Berechnung nach dem Kalender vorgeschrieben ist, bei Dernburg Pand. I. §. 89.

Zu §. 91. Anm. 3. zu beachten: In L. 1. §. 23. cit. liest schon die Flor.: velut.

Zu §. 92: Vgl. Krainz Syst. I. S. 245 ff., insbes. zu Anm. 8: S. 248..250.

Zu §. 93. Anm. 5: Dorendorf Arrest und einstw. Verfügungen (1885) und drbr. Barazetti krit. Vjschr. XXVII. S. 124 ff.

Zu §. 95. Anm.: Kroll Klage und Einrede nach deutschem Recht auf Grundlage der Reichsgesetze. Berlin 1884. — Ueber das Werk von Schultze vgl. nun noch Demelius in d. Wiener Zeitschr. XI. S. 728 ff., Lotmar krit. Vjschr. XXVI. S. 637..711., Stölzel in Böhlau's Mag. IV. S. 250 ff. Degenkolb Rechtseinheit und Rechtsnationalität im altrömischen Reich (Rect. Rede 1884).

Zu §. 96. Anm. 4 a. E.: Vgl. auch Wlassak Krit. Studien bes. S. 14 ff. (Drbr. Baron krit. Vjschr. XXVII. S. 244 ff., A. Pernice Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. S. 287 ff., Zoll in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 745 ff.)

Zu §. 96. Anm. 5: Dernburg Pand. I. §. 89 a. E.

Zu §. 97. Anm. 4. Z. 5 v. unten lies: „dingliches" statt persönliches.

Zu §. 97. Anm. 5: Krainz I. S. 435 f., Dernburg Pand. I. §. 134., Rocholl Rechtsfälle II. S. 101 ff.

Zu §. 98. Note g. lies L. 23. (statt L. 27.) §. 8. ad L. Aquil.

Zu §. 100. Anm.: Ueber Nr. 3: Die extraordinaria cognitio das Verwaltungs-

streitverfahren, übertragen auf den Civilproceß, Pernice Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der röm. Kaiserzeit, in Jur. Abh. Festgabe für Beseler S. 49..78. — Ueber Nr. 5: Maschke z. Theorie und Geschichte der Popularklage, in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. S. 226 ff. — Ueber den Begriff der condictiones: Dernburg Pand. I. §. 131.

Zu §. 101. Anm. 1 a. E.: Vgl. noch Kuntze Excurse 2. Aufl. S. 257 ff.

Zu §. 102. Anm. 1: Wlassak krit. Studien S. 19 ff.

Zu §. 102. Anm. 3: Langfeld die L. v. Retentionsrecht nach gem. R. Rostock 1886.

Zu §. 107: Krainz I. S. 436..439.

Zu §. 107. Anm. 2: Ueber den Beginn der Verjährung der Klage aus einem Darlehen auf Kündigung oder mit Kündigungsfrist: Dernburg Pand. I. §. 146. Note 9 ff. Krainz S. 420. Note 38.

Zu §. 111. Anm.: Krainz S. 445 f.

Zu §. 113. Anm. 1: Endemann Litiscontestation im heutigen Civilrecht? in Bödiker's Mag. V. S. 154 ff., Bolgiano Lit.Cont. und Klagsbeantwortung, im civil. Arch. LXVIII. 6. S. 85 ff.; vgl. auch Pernice in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 28 ff.

Zu §. 113. Anm. 3 a. E. lies Wächter Pand. I. S. 555 ff. (nicht 566 ff.)

Zu §. 114. Anm. 3: Ueber den Beweis von Bedingungen Dernburg Pand. I. §. 116 a. E. — Wendt die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage, im civ. Arch. LXX. 1. S. 1..42.

Zu §. 116. Anm. 1: Dernburg Pand. I. §. 163. Ueber die Schrift v. Klöppel s. noch Rassow in s. Beiträgen XXVIII. S. 759.

Zu §. 116. Anm. 4: Cogliolo Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il dir. Rom.... I. Torino 1883. (Drbr. und über zwei weitere sich daran anlehnende Streitschriften: Schneider krit. Vjschr. XXVIII. S. 22..37.)

Zu §. 119. Anm. 3: ad b) Jouvenal Interpr. einiger schwieriger Stellen aus d. L. v. d. i. i. r. Marburg 1881. S. 25 ff.

Zu §. 120. Anm. 3 a. E.: Dernburg Pand. I. §. 142. Note 9.

Zu §. 122. Anm. 1: Ueber L. 28. §. 3. D. ex quib. c. mai. 4. 6. vgl. die angef. Abh. v. Jouvenal S. 9 ff.

Zu §. 129. Anm. 2 a. E.: Ueber Kindel Grundlagen ... und über Seitz Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio: vgl. Bähr in krit. Vjschr. XXVII. S. 161 ff.; über die Schriften von Dernburg und Duncker: Kindel in Rassow's Beitr. XXIX. S. 446 ff. und Bähr in krit. Vjsch. XXVII. S. 161 ff. — Ferner: R. de Dalman y de Olivart la posesion, apuntes y fragmentos de una nueva teoria posesoria. Barcelona, Madrid 1884. (Drbr. Randa in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 239 ff. und „Vff." in krit. Vjschr. XXVIII. S. 37 ff.) An dieser Stelle sind endlich noch folgende drei Schriften zu nennen, welche, obwohl nach ihren Titeln auf die Untersuchung einzelner Fragen der Besitzlehre beschränkt, sich mit den Grundlagen dieser Lehre beschäftigen: Piniński der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Eine civilistische Untersuchung. I. Leipz. 1885. (Drbr. Zoll in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 254 ff.), Strohal Succession in den Besitz nach röm. und heut. R. Leipz. 1885., Kniep Vacua possessio. I. Jena 1886.

Zu §. 130. Anm. 1: Ueber die Schrift von Landsberg vgl. L. Seuffert in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 264 ff., Gierke in krit. Vjschr. XXVII.

S. 29 ff., Pfersche in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 270 ff. — Randa das Eigenthumsrecht nach östr. R. Leipz. 1884. Erste Hälfte. (Drbr. Krasnopolski krit. Vjschr. XXVII. S. 478..503.)

Zu §. 130. Anm. 4: Puntschart (s. §. 22. A. 5.) S. 109..120: Grundbegriff sei die proprietas, die Zugehörigkeit, die „unmittelbare Beziehung der Person zur Sache", das dominium (die Herrschaft, die Machtfülle) des Subjectes über das Object sei der Folgebegriff. — Randa Eig.-R. §. 1., Meurer Begriff und Eigenthümer der heil. Sachen I. S. 15 ff., 259 ff., aber auch S. 248.

Zu §. 131. Anm. 1: (ad Nr. 9.) Pernice Zeitschr. für Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 95 ff.

Zu §. 131. Anm. 2: Dernburg Pand. I. §. 199., Randa Eig.-R. §. 5., Unger in d. Wiener Zeitschr. XIII. 10. S. 715 ff. Vgl. auch Jhering in dogm. Jahrb. XXIII. S. 280 ff.

Zu §. 132. Anm. 1: Randa Eig.-R. §. 8.

Zu §. 132. Anm. 4: Sprenger das gesetzliche Veräußerungsverbot (L. 3. §. 2. 3. Cod. comm. de leg. 6. 43.) zur Sicherung und Ergänzung des dem Vermächtnißnehmer angefallenen Rechts. Inaug.-Diss. Zürich 1884.

Zu §. 132. Anm. 5: Gegen jede Aenderung des Textes dieser Stelle auch Dernburg Pand. I. §. 9. Note 7.

Zu §. 133. Anm.: Vgl. noch Dernburg Pand. I. §. 195., Immich das gemeinsch. Eigenthum des preuß. L.-R. im Vergleich mit dem Miteigenthum des gemeinen Rechts. Berlin 1883. Randa Eig.-R. §. 9. Scheurl die Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten (1884.). Abschn. II. S. 19..37.

Zu §. 134. Anm. 1: Vgl. Krainz Syst. I. S. 218..221.

Zu §. 135. Anm. 1: Dernburg Pand. I. §. 169: „Besitz ist die reale Herrschaft über die Sachgüter", aber „nur die befestigte, in die Zukunft hineinwirkende physische Gewalt über die Sache ist Besitz". — Pininski S. 26. 29. 133 ff.: „der Besitz ist das thatsächliche Dienen der Sache einer gewissen Person", „die wirthschaftliche Verbindung der Sache mit der Person". Der Verf. bestimmt die Aufgabe seines Werkes (in welchem eine kritische Uebersicht über den gegenwärtigen Stand der Lehre vom Wesen des Besitzes S. 7 ff. gegeben ist) selbst dahin; die Savigny'sche „Auffassung des Besitzbegriffs zu beseitigen und die Grundideen des Besitzinstituts", wie sie Jhering lehrt, „präciser durchzuführen, quellenmäßig zu begründen, und zum Theil zu berichtigen" (S. VII. VIII.). „Möglichst exacte Widerlegung der Savigny'schen Lehre" ist auch die Aufgabe des Buches von Strohal (S. 23.) Während er aber in ausführlicher Polemik gegen Savigny (S. 52 ff.) den Satz ausführt, das „Durchhaltende" im Besitz sei nicht die factische Herrschaft, lehnt er ebenso auch (S. 128 ff.) Jherings Thatsächlichkeit des Eigenthums als unzutreffend ab.

Zu §. 135. A. 1a a. E.: Auch Strohal S. 148 ff. erklärt den Besitz (in seinen Rechtsfolgen) für ein subjectives Recht. — Gegen den Rechtscharakter des Besitzes vgl. z. B. Krainz Syst. I. S. 207..209.

Zu §. 135. Anm. 2 gegen Ende: Vgl. noch Lotmar kritische Studien in Sachen der Contravindicatio S. 136..145. Krainz Syst. I. S. 456..460.

Zu §. 135. Anm. 4: Auch Dernburg Pand. I. §. 172. fordert zum juristischen Besitz nur einen animus sibi possidendi, keinen animus domini. — Vgl. auch Pininski S. 32. 37. 39 ff., 139 ff., 149 ff.

Zu §. 135. Anm. 6: An Bekker's Unterscheidung knüpft auch Strohal an, doch

mit der Abweichung, daß er den Besitz für einen Thatbestand von zuständlichem Charakter erklärt. S. 30. 36 ff., 119 ff., 133 ff.

Zu §. 135. Anm. 8: Dernburg Pand. I. §. 172. 173. Note 3. 5., §. 259. Note 12. J. Voigt Vom Besitz des Sequesters nach R. R. zur Zeit der classischen Juristen. Freiburg 1885.

Zu §. 135. Anm. 8 a. E.: Vgl. aber auch Jhering in dogm. Jahrb. XXIII. S. 260 ff.

Zu §. 136. Anm. 1: Ueber die Regel Nemo sibi ipse... vgl. nun Kniep vacua poss. S. 259 ff., und über (freiwillige und unfreiwillige) Besitzesumwandlung überhaupt Denselben S. 241 ff., 311 ff., 351 ff.

Zu §. 136. Anm. 2: Dernburg Pand. I. §. 175. bei Note 1. erklärt poss. civ. für jenen Besitz, „welcher nach seinem Erwerbstitel als dem Vermögen des vermögensfähigen Besitzers rechtlich zugehörig erscheint".

Zu §. 138. Anm. 2: Scheurl Theilbarkeit (s. bei §. 133.) S. 38..43.

Zu §. 138. Anm. 4: Dernburg Pand. I. §. 176. Note 6. 7. Schmölders das Eigenthum an den in ein Gebäude verwandten Baumaterialien. Breslau 1885. H. Hackfeld Pflüger Ueber Besitz und Ersitzung von Theilen einer Sache. Bremen 1886.

Zu §. 139. Anm. 2: Vgl. Krainz I. S. 467..473. Auch Pininski (S. 39 ff. 141. 160 ff. 204.), die einzelnen Besitzerwerbsfälle sorgsam untersuchend und dabei die Fälle der Occupation und Tradition beweglicher und unbeweglicher Sachen von einander trennend (S. 57 ff. 177 ff. 229 ff. 307 ff.), geht noch davon aus, das Wesen des Besitzerwerbsactes sei stets das nämliche, immer liege darin eine Erklärung des Aneignungswillens; doch hebt er hervor, die neue Lage, in welche die Sache gebracht wird, brauche nicht nothwendig die normale in Jhering's Sinn zu sein; weder das Benehmen der Person, noch die Lage der Sache müsse völlig normal sein, und das Hereinziehen des Eigenthumsbegriffs bei der Begriffsbestimmung des Besitzes sei überflüssig. Dagegen legt Strohal (S. 23.) Gewicht darauf, nachzuweisen, daß die einzelnen Besitzerwerbsthatbestände innerlich verschieden sind; ausgehend von der Besitzergreifung besitzfreier Sachen (S. 68 ff. — über Besitzerwerbung in den Fällen der Tradition vgl. den Nachtrag hier zu §. 139. Anm. 3. —), bei welcher er insbesondere das Moment der Ortsbestimmung (das Wegbringen bezw. das Festhalten der Sache am Orte) stärker, als bisher geschehen, betont (S. 78 ff. 93 ff.), erblickt er in der Apprehension „die in factischer auf die Dauer veranlagter Ausübung des wesentlichen Eigenthumsinhalts sich manifestirende Bethätigung des auf Haben und Behalten einer Sache gerichteten Willens" (S. 71.), Jhering's thatsächliche Constatirung des Eigenthumswillens ablehnend (S. 76 ff.). Ueber die Unterschiede zwischen dem Besitzerwerb besitzfreier und tradirter Immobilien insbesondere: S. 98 ff. — Vgl. auch die Untersuchung des Corpusbegriffs bei Kniep S. 157 ff., der an dem Erforderniß des Betretens des Grundstücks darum festhält, weil für den Erwerber in dem Augenblick, da er das erworbene Grundstück zum ersten Male betritt, durch das Bewußtsein, nunmehr auf dem Seinigen zu stehen, eine Wandlung der ganzen Auffassung seines Verhältnisses zu diesem Grundstücke eintrete, wie sie durch ein bloßes in der Nähesein nie entstehen könne (S. 167 ff.). Eine dieser Aufstellung entsprechende neue Erklärung der L. 18. §. 2 D. h. t. auf S. 169 ff. (gegen Pininski S. 367 ff.)

Zu §. 139. Anm. 3: Ueber den Begriff der Tradition überhaupt: Kohler zur Besitzlehre I. Tradition und Traditionsversuch, im civ. Archiv LXIX. B. S. 151..202. und dagegen Kniep a. a. O. S. 308 ff. Ueber Tradition durch Signiren: Kohler

in d. Wiener Zeitschr. XII. 1. S. 1 ff., und dagegen Pininski a. a. O. S. 292 ff., vgl. auch Strohal a. a. O. S. 182 ff. — Dernburg Pand. I. §. 177. (vgl. auch §. 178 nach Note 11.): „Aller Besitzerwerb ist originär." Dagegen ist die wiederholt cit. Schrift von Strohal vorzüglich dem Nachweis gewidmet, daß es eine Succession in den Besitz gebe; doch nimmt auch er an, daß nur in ein Rechtsverhältniß succedirt werden könne, und ist ihm daher die Succession in den Besitz nicht Succession in den Besitzthatbestand, sondern nur in die aus dem letzteren resultirende Stellung, das ius possessionis (S. 49.). Der Gedanke, es könne in den Besitz succedirt werden, ist — so lehrt er — im Röm. R. bei der Tradition viel entschiedener, als bei der Universalsuccession zum Durchbruch gekommen; doch fällt nicht jede Tradition unter den Gesichtspunkt der Succession; wo der Empfänger bei der Tradition Acte setzt, die selbst an einer besitzfreien Sache Besitz begründen würden, da hat er lediglich (?) aus diesem Grunde Besitz (S. 166 ff.). Die Fälle, in welchen Strohal eine Succession in den Besitz findet, sind entwickelt S. 167 ff. — — Ueber die Schrift von Esmarch vgl. noch Krasnopolski in d. Mittheilungen des deutschen Juristenvereins in Prag. 1873. Nr. 8. S. 119..126. Der Begriff der vacua possessio und der v. p. traditio ist übrigens streitiger als je. Vgl. Dernburg Pand. I. §. 178. Note 16., Pininski S. 34. 308 ff., 327 ff., 334 ff., und das (noch unvollendete) Werk von Kniep. Während Pininski diese Begriffe gar nicht als technische betrachtet, weist Kniep der vacua poss. einen breiten Raum zu, namentlich in Fällen, in welchen bisher Besitzverlust angenommen wurde, und will in manchen Fällen, in welchen die bisherige Doctrin eine Volltradition erblickt, nur Einräumung leeren Besitzes erkennen.

Zu §. 139. Note g: Vgl. Strohal a. a. O. S. 188 ff., Kniep a. a. O. S. 256 f., 284 ff.

Zu §. 139. Anm. 4: Nach Dernburg Pand. I. §. 169. Note 11. hat das heut. R. diesen romanistischen Rechtssatz überwunden.

Zu §. 140. Anm. *: Vgl. Dernburg Pand. I. §. 180. Kniep a. a. O. S. 214 ff.

Zu §. 140. Anm. 1 a. E.: Gegen Schloßmann vgl. Mitteis Stellvertretung S. 51 ff.

Zu §. 140. Anm. 4: Mitteis Stellvertretung S. 140 f. Note 145., der den Widerspruch zwar für nicht lösbar betrachtet, ihn jedoch daraus erklären will, daß die classischen Juristen beim Eigenthumsübergang durch Tradition in manchen Fällen die strenge Regel dem praktischen Resultat geopfert haben. Vgl. auch Kniep S. 82 ff.

Zu. §. 140. Anm. 5: Vgl. noch Strohal S. 188 ff., Kniep S. 322 ff., und gegen das Erforderniß der causa Dernburg Pand. I. §. 181 bei Note 5 ff.

Zu §. 142. Anm. 1: Pininski erklärt S. 155. die Regel der L. 153. cit. für eine „hohle Phrase"; Kniep, der Savigny's Erklärung (S. 301.) sogar sprachlich unmöglich findet, bezieht die Regel nur auf den freiwilligen Besitzverlust (S. 129 ff.).

Zu §. 142. Anm. 1 a. E.: Vgl. überhaupt Kniep S. 49 ff., 74 ff., 198 ff., 290 ff.. 300 ff., 349 ff., 355.

Zu §. 142. Anm. 3: Pininski S. 194 ff., vgl. auch S. 144 ff., Strohal S. 115 ff., Kniep S. 444 ff.

Zu §. 142. Anm. 4: Kohler im civ. Arch. LXIX. S. 178 ff., Strohal S. 177 ff., Dernburg Pand. I. §. 182. Note 10., welch' letzterer die L. 18. von Tradition durch Einhändigung, L. 34. von Tradition durch Ermächtigung zur Besitznahme versteht.

Zu §. 142. Anm. 5: Dernburg Pand. I. §. 182. Note 7. — Kniep S. 20 ff., 85 ff., 359 ff., 452 ff., 479 ff. unterscheidet zwischen kurzer und langer Abwesenheit.

Zu §. 143. Anm *: Vgl. noch Kniep S. 42 ff., 72., 342 ff., 356 ff.

Zu §. 145. Anm. 1: Vgl. Gradenwitz Per traditionem accipere in den Pandekten, in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. S. 56 ff., 277. — Gegen Savigny's Erklärung der Entstehung des Miteigenthums bei der soc. omn. bon. auch Strohal S. 191. (der darin einen Fall der Succession in den Besitz findet) und Kniep S. 333 ff. — Ueber symbolische Tradition: Pininski S. 285 ff., 399 ff., Strohal S. 88 ff., 182 ff., 199 ff.

Zu §. 145. Nr. 3. (Note g.): Dagegen nun Dernburg Pand. I. §. 213 a. A. und Note 1.

Zu §. 145. Anm. 3 a. A.: Für eine Derelictionshandlung hält das missilia iactare in vulgus Pernice in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 108 f.

Zu §. 145. Anm. 4: F. Meyer Bedeutung der causa für den Erwerb des Eigenthums durch Tradition. Stettin 1875. Randa Eig.-R. S. 263 ff.

Zu §. 145. Anm. 5: Gegen Zitelmann vgl. Eisele in dogm. Jahrb. XXIII. S. 1 ff.

Zu §. 145. Anm. 6: Randa Eigenth.-R. §. 11. A. 29.

Zu §. 145. Anm. 7: Bechmann Kauf I. S. 199 ff., 209 ff., 225 ff., 311 ff., 337. 342 ff., 357 ff., 565 ff., 576 ff., 588 ff., Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 674 ff. Stegemann in Böhlker's Mag. IV. S. 278 ff.

Zu §. 152. Anm. Nr. 1 a. E.: Dernburg Pand. I. §. 209. Note 6.

Zu §. 152. Anm. Nr. 4. h): Vgl. über die Schriften von Landucci und Pampaloni die Anzeige von Schneider krit. Vjschr. XXVII. S. 80 . . 86. XXVIII. S. 22.

Zu §. 154. Anm. 1: Anders d. Jagd- und Fischereirecht . . . Innsbr. 1885. (Drbr. Fleischmann krit. Vjschr. XXVIII. S. 141 ff.). Ihering Dogm. Jahrb. XXIII. S. 244 ff.

Zu §. 154. Anm. 2: Ueber die Auffassung des Alterthums Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 451 ff.

Zu §. 154. Anm. 3: Ueber den Besitz des Finders: Dernburg Pand. I. §. 173. Note 6. — Ueber L. 8. Cod. de omni agro des. (11. 59.) Kniep vacua poss. S. 481 ff.

Zu §. 154. Anm. 4: André d. L. vom Schatz nach R. und gem. R. Berlin 1884.

Zu §. 155. Anm. 1: Ueber die Schrift v. Sulzer vgl. Schneider krit. Vjschr. XXVI. S. 309 ff.

Zu §. 156. Anm. 1: Vgl. auch Pininski S. 120 ff., und Dernburg Pand. I. §. 205. Note 6. — Zu diesem §. übhpt. vgl. Randa Eig.-R. §. 14.

Zu §. 156. Anm. 8: Dernburg Pand. I. §. 205. Note 9 ff. Randa S. 334. Note 15.

Zu §. 159. Anm. 3: „Der titulus pro emtore offenbar der Kern, an den sich die übrigen Titel anschließen." Bechmann Kauf I. S. 108. Zahlung des Preises vorausgesetzt: ebdas. S. 624. — Vgl. auch Brinz II. S. 696.

Zu §. 160. Anm. 1: Wesensgleichheit der hier und der auf dem Gebiet des Obligationenrechts vorkommenden bona fides: Bechmann Kauf I. S. 628 ff.

Zu §. 160. Note e: Bechmann Kauf I. 583 ff., 608 ff., II. S. 82 ff.

Zu §. 161. Anm. 3: Strohal Succ. in den Besitz S. 230.; vgl. auch Pininski S. 34 ff.

Zu §. 162. Anm. 3. c): Dagegen Dernburg Pand. I. §. 220 Note 11.

Zu §. 163. Anm. 2: Gegen die hier vertretene Auffassung: Dernburg Pand. I. §. 221. Note 17.

Zu §. 166. Anm 2: Neue Erklärungen des unus casus bei Dernburg Pand. I. §. 224. Note 9., Kniep vacua poss. I. S. 151 f. Note 4.

Zu §. 166. Note g: Vgl. Dernburg Pand. I. §. 225. Note 12.

Zu §. 166. Anm. 4: Die Gesammtvindication eine Feststellungsklage, Kohler dogm. Jahrb. XXIV. S. 294 ff.

Zu §. 169. Anm. 2: Vgl. Voß dogm. Jahrb. XXIII. 2. S. 43 ff.

Zu §. 169. Note f: Westrum Kann mit der act. neg. Ersatz des vor Anstellung der Klage verursachten Schadens auch ohne Verschulden des Beklagten beansprucht werden? in Bödiker's Mag. IV. S. 28 ff.

Zu §. 170. Anm. 1: Ueber die Beziehung der Publiciana zum Kauf: Bechmann Kauf I. S. 383 ff. Ueber die Frage, wie weit die Klage demjenigen zustehe, der nie im Besitz war, vgl. auch Dernburg Pand. I. §. 228. Note 7.

Zu §. 171 Anm. 1: Vgl. nun auch Dernburg Pand. I. §. 171. Krainz I. S. 473..478.

Zu §. 171. Anm. 4: Pfersche Bereicherungsklagen S. 59 ff.

Zu §. 173. Anm. 1 a. E.: Kniep vacua poss. S. 361 ff., 379 ff., 392 ff. Ueber die möglichen Formen gewaltthätiger Vertreibung ebdas. S. 49..73.

Zu §. 173. Anm. 3: Pininski Thatbestand des Sachbesitzerwerbs I. S. 205 ff., Kniep vacua poss. I. S. 395 ff., 428 ff.

Zu §. 173. Anm. 6: Dernburg Pand. I. §. 189.

Zu §. 173. Anm. 9: Kniep vacua poss. S. 375. 464 ff., 470 ff.

Zu §. 175. Anm. 1: Ueber die Schrift v. Ofner vgl. Pernice in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 279 ff.

Zu §. 178: Scheurl Theilbarkeit (s. bei §. 133.) S. 44 ff.

Zu §. 179. Anm. 4: Vgl. auch Bechmann Kauf II. S. 125 ff.

Zu §. 181. Anm. 1: Kohler Der Dispositionsnießbrauch, dogm. Jahrb. XXIV. 4. S. 187..328. Die dem röm. R. angehörenden Fälle, die Kohler dem Dispositionsnießbrauch unterstellt, sind genannt S. 221 ff.

Zu §. 182. Anm. 2 a: Scheurl S. 55 ff.

Zu §. 183. Nr. 7: Scheurl S. 56..67.

Zu §. 183. Anm. 2 a: Gegen Ihering vgl. nun Dernburg Pand. I. §. 240. bei und in Note 7.

Zu §. 184. Anm. 3. (und §. 191. Anm. 2.): Ueber L. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. vgl. nun Dernburg Pand. I. §. 239. Note 4.

Zu §. 185. Anm. 2. b): Pernice Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 94 ff., und über die in der modernen Praxis entwickelte Ausdehnung der Reparaturpflicht Dernburg Pand. I. §. 236. Note 9.

Zu §. 187. Anm. *: Ueber die Schrift von Bossert vgl. Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 670 ff.

Zu §. 187. Anm. 2: Vgl. auch Strohal Succ. in den Besitz S. 191 ff.

Zu §. 188. Anm. 1: Ueber die Bestellung von Servituten durch pact. et stip. Dernburg Pand. I. §. 251.

Zu §. 188. Anm. 2: Vgl. auch Kniep vac. poss. I. S. 330 ff.

Zu §. 190: Ueber väterlichen und elterlichen Nießbrauch vgl. Kohler dogm. Jahrb. XXIV. S. 248 ff.

Zu §. 191. Note c: Vgl. den von Stammler im pract. Arch. XIV. S. 92 f. mitgetheilten Rechtsfall, betreffend das Klagrecht der Gemeinden für einzelne ihrer Mitglieder.

Zu §. 191. Note d: Dernburg Pand. I. §. 255. Note 7.

Zu §. 195. Anm. 2: A. Pernice in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 84 ff., 90 ff.

Zu §. 195. Anm. 4: Historisches über Erbpacht in Frankreich bei Brunner in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Germ. Abth. S. 69..83.

Zu §. 201. Anm. 2: Mitteis die Individualisirung der Obligation (1886.) passim, bes. Abschn. I. (gegen Hartmann). Puntschart (s. zu §. 22. Anm. 5.) betont (S. 70 fg.) die Haftung, das „iuris vinculum", an Brinz sich anlehnend; für diesen (und gegen Zoll) S. 80 fg. Mit dem „obligat. R." sei nicht zu verwechseln die „Forderung" = actio v. petitio, das „bereits wirksam, realisirbar gewordene, obligator. R." Die Forderung gehe allerdings auf eine Handlung des Verpflichteten; dennoch sei nicht diese, sondern der Erfolg derselben der Gegenstand der Oblig.

Zu §. 202. Anm. 1: Ueber den Begriff der Leistung vgl. Krainz Syst. I. S. 375 f.; über einfache und zusammengesetzte Forderungen S. 226..231.

Zu §. 202. Anm. 3 a. E.: Vgl. noch die §. 206. Anm. 3 a. angeführte Schrift v. Lehmann. (Drbr. Dreyer in Rassow's Beitr. XXIX. S. 134 f.), und Kleine „Genügt Affectionsinteresse bei Geltendmachung eines Forderungsrechtes?" Berlin 1884.

Zu §. 204. Anm. 1: Scheurl Theilbarkeit..v. Rechten (1884). S. 68..102. Insbes. über L. 4. §. 1. (§. 2. ist dort Druckfehler) D. 45. 1: Scheurl S. 88 ff.; über L. 4. §. 2: S. 91 ff.

Zu §. 204. Anm. 2. (L. 72. pr. cit.) Scheurl S. 95 ff.

Zu §. 206. Anm. 1 a. E.: Sainctelette de la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail). Bruxelles et Paris 1884. (Drbr. Völderndorff in krit. Vjschr. XXVII. S. 434 ff., Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 464 ff.)

Zu §. 206. Anm. 3: Vgl. noch Dernburg Pand. II. §. 45. Note 2, 5.

Zu §. 206. Anm. 6: L. un. Cod. cit. im Widerspruch mit dem Grundgedanken der R.Civ.Pr.O. §. 260? Dernburg Pand. II. §. 45. Note 15.

Zu §. 210. Anm. 1: Meurer Heilige Sachen I. S. 28.

Zu §. 211. Anm. 1: Neuenfeldt Ist die Konventionalstrafe ihrem Grundprincip nach Strafe oder Ersatzleistung? Berlin 1885.

Zu §. 213. Anm. 3 a: Lippmann Solid. Haftung wegen der Proceßkosten, im civ. Arch. LXVII. 11. S. 440 ff.

Zu §. 213. Anm. 5: Ueber die angef. Schrift von Waldner vgl. Bar in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 203 ff. Ueber die Abhandlung von Unger Schneider in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 453 ff. (Ebenda auch über eine einschlagende Abh. v. Landucci.) — Ferner Hölder in Brinz und Hölder Zwei Abh. aus dem R. R. (Festschrift 1884.) S. 29 ff. Unger dogm. Jahrb. XXIII. S. 106 ff. Hölder im civ. Arch. LXIX. 4. S. 203..240. Waldner die correale Solidarität. 1885. Mitteis die Individualisirung der Obligation. 1886. (Dieser sieht in der Correalität die künstliche Zusammenfassung mehrerer Obligationen. „Das einzig Reale..ist immer

der aus einem bestimmten Entstehungsgrund entspringende Anspruch von Person zu Person auf eine bestimmte Leistung.") Dernburg Pand. II. §. 71. S. auch Gennaro Manna saggi sulle obbligazioni in solido in diritto Rom. I. Roma 1885. (brbr. Schneider in krit. Vjschr. XXVIII. S. 15..22.

Zu §. 213. Anm. 7: Ueber die einzelnen „objectiv" oder „subjectiv" („absolut" oder „relativ" nach Unger) wirkenden Aufhebungsgründe werden auch in den neuesten Schriften von Unger, Waldner, Mitteis verschiedene Auffassungen vorgetragen.

Zu §. 214. Anm. 1: Für andere Fälle solidarischer Rechtsverhältnisse auf der Gläubigerseite tritt nun ein Ihering die active Solidarobligation, in dogm. Jahrb. XXIV. S. 129..186. (Vgl. unten zu §. 576. 577.)

Zu §. 214. Anm. 2: Mitteis behauptet, daß schon nach gemeinem R. die Correalität mit Ausnahme eines untergeordneten Punktes von der Solidarität sich nicht unterscheide, und der ganze Unterschied de lege ferenda unbrauchbar sei. (Ueber Litisc. — A. 2. pr. — s. Mitteis S. 61 fg.)

Zu §. 216. Anm. 2: Vgl. oben zu §. 204.

Zu §. 217. Anm. 7 a. E.: Vgl. noch Wlassak krit. Studien S. 43 ff., Dernburg Pand. II. §. 4.

Zu §. 222. Anm. 3: Bechmann Kauf II. S. 557 ff.

Zu §. 226. Anm.: Ueber die Abh. v. Canstein: Hellmann in d. krit. Vjschr. XXVII. S. 144 ff.

Zu §. 228. Anm. *): Hierher gehört auch Ad. Schmidt das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor (1868) S. 93..124, weil hier eine sehr belehrende Parallele zwischen der a. Pauliana und der a. Fabiana gezogen ist.

Zu §. 228 a. Anm. 1: Ueber die Schrift von Grützmann: Hellmann in d. krit. Vjschr. XXVII. S. 91..104; über die von Cosack: Radlkofer ebda. S. 104..107. und Menzel in der Wiener Zeitschr. XIII. S. 167..174.

Zu §. 228 a. Anm. 7 b: Ueber den Commentar von Steinbach vgl. die Anzeige in Rassow's Beiträgen XXIX. S. 144 ff. — A. Menzel das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österr. R. Wien 1886.

Zu §. 228 a. Anm. 9: Jeß im civ. Arch. LXVIII. 3. S. 36 ff.

Zu §. 230. Anm. gegen E.: Vgl. auch Huschke L. d. R. R. vom Darlehen. S. 79 ff.

Zu §. 231. Note b: Bechmann Kauf II. S. 270 ff.

Zu §. 231. Anm. 2: Zulässigkeit bindender Offerten (mit Verzicht auf die Möglichkeit des Widerrufs): Dernburg Pand. II. §. 9. a. E., §. 11. Note 12. vgl. Bechmann Kauf II. S. 278 ff.

Zu §. 231. Anm. 2. d): Oemler über Vertragsschluß unter Abwesenden nach gemeinem Recht. Berlin 1885.

Zu §. 231. Anm. 2. e. gegen E.: Vgl. auch Mitteis Stellvertretung S. 159 ff.

Zu §. 231. Anm. 4: Vgl. noch Jahnke Verkauf durch Versteigerung. Greifsw. 1878. Kollegs die wichtigsten Rechtsgrundsätze bei Privatauctionen, in Bödiker's Mag. VI. S. 51 ff.

Zu §. 232. Anm. 4: Ueber das Wesen der Realcontracte vgl. noch Bechmann Kauf I. S. 331 ff. und über das römische Contr. System überhaupt I. S. 469 ff. — Ebd. (Anm. 4) ist am Ende beizufügen: Neben der gewöhnlichen technischen hat contractus zuweilen eine viel weitere, sogar die Begründung einer Delicts-Obl. umfassende Bedeutung; s. Brinz 2. Aufl. §. 213; Puntschart (s. §. 22. A. 5) S. 87 fg.

Zu §. 233. Anm. 1: Bähr im civ. Arch. LXVII. 5. S. 157 ff. (gegen Regelsberger), E. Danz die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter. Leipz. 1886.

Zu §. 233. Anm. 4: Krainz System I. S. 453..456., Dernburg Pand. I. §. 84.

Zu §. 233. Anm. 8 a. E.: Liebe der abstracte obl. Vertrag im modernen Recht, in Rassow's Beitr. XXVIII. S. 547 ff., Dernburg Pand. II. §. 22.

Zu §. 234. Anm. 1 b: Vgl. Bechmannn Kauf I. S. 540 ff., II. S. 92 f., 180 ff. dagegen Brinz II. S. 698. — Dernburg Pand. II. §. 20. — Puntschart S. 145 ff.: die verschiedenen Ansichten über das synallagma überhaupt und bei der emtio venditio insbesondere; seine eigene entwickelt er S. 157 ff., S. 181. 213 f.

Zu §. 234. Anm. 2: Bechmann Kauf I. S. 568 ff., Dernburg Pand. II. §. 21., Puntschart S. 207 ff. (exc. non adimp. c. eine eigentliche exc.).

Zu §. 234. Anm. 3: Bechmann Kauf II. S. 188 ff., 193 ff., Puntschar S. 181 ff.

Zu §. 236. Note a: Endemann die Lehre v. d. emtio rei sper. und emtio spei und deren Bedeutung für das heut. R., in d. Wiener Zeitschr. XII. 6. S. 345 ff.

Zu §. 236. Anm. *: Rüdiger die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag. Berlin 1885.

Zu §. 237. Anm. 1: Mitteis Stellvertretung S. 272 ff.

Zu §. 239. Anm. 2: Bechmann Kauf II. S. 450 ff.

Zu §. 239. Anm. 2 a: Bechmann Kauf II. S. 427 ff., 455 ff., 464 ff.

Zu §. 240. Anm. 2: Dernburg Pand. I. §. 121. a. E. und Note 5.

Zu §. 240. Anm. 3: Bechmann Kauf I. S. 520 ff., II. S. 415 ff.

Zu §. 240. Anm. 3 a. E.: Dernburg Pand. II. §. 12.

Zu §. 240. Anm. 4: Kappeyne van de Coppello Abhandl. z. Röm. Staats- u. Priv.-R. Nach dem Holländischen mit Vorwort v. M. Conrat. 2. Heft. 2. S. 230 ff. (Stuttg. 1885.) Dernburg Pand. II. §. 69. a. E.

Zu §. 241. Nr. 2: Leist Graeco-ital. Rechtsgesch. S. 229 ff., 251 ff., 698 ff.

Zu §. 245. Anm.: Vgl. noch Mitteis Stellvertretung, insbes. über den Einfluß des äußeren Auftretens des Vertreters Dritten gegenüber S. 123 ff., 139 ff., 296 ff., und über die Haftung des Stellvertreters für dolus und culpa in contrahendo S. 156 ff.

Zu §. 246. Anm. 2: Mitteis S. 278 ff.

Zu §. 246. Anm. 4: Krainz Syst. I. S. 359..363.

Zu §. 247. Anm. 1: Mitteis S. 23 ff.

Zu §. 248. Anm. 2: Mitteis S. 308 ff.

Zu §. 248. Anm. 3: Anders Dernburg Pand. II. §. 14. Note 17.

Zu §. 249. Anm. *: Ueber den Gegensatz der römischen und der heutigen Auffassung überhaupt: Dernburg Pand. II. §. 47. Ueber modificirende Verabredungen insbes. Bechmann Kauf II. S. 480 ff., 502..532, 544 ff.

Zu §. 250. Anm. 7: Leonhard Gutachten in Verh. d. XVII. d. Jur.Tag. I. S. 337 ff., Mitteis Stellvertr. S. 288 ff., Dernburg Pand. II. §. 38.

Zu §. 251 Anm. 1: Ueber die Schrift v. Schey: Demelius in d. Wiener Zeitschr. XIII. S. 457 ff., Krasnopolski in krit. Vjschr. XXVII. S. 320 ff., Dreyer in Rassow's Beitr. XXIX. S. 444 f.

Zu §. 252. Anm. 2: Vgl. auch L. Seuffert Poenae temere litigantium, im civ. Arch. LXVII. 9. S. 323 ff.

Zu §. 254. Anm. 7: Dernburg Pand. II. §. 53.

Zu §. 256. Anm. 8: Vgl. F. Zimmermann über die dem Schuldner gegen den Cessionar zustehenden Einwendungen, in Bödiker's Mag. IV. S. 317..367.

Zu §. 258. Anm. 3. b): Eine andere ratio bei Dernburg Pand. II. §. 50. Note 11.

Zu §. 261. Anm. *: Ueber die Schrift von Erman vgl. Hruza in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 249 ff., Freund in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 269 ff.

Zu §. 265. Anm. 2: Dernburg Pand. II. §. 62., Stampe das Compens.-Verfahren im vorjust. stricti jur. jud. 1886.

Zu §. 265. Anm. 2. a. E.: Ueber die Schrift von Schollmeyer: L. Seuffert krit. Vjschr. XXVII. S. 472..478. — Vgl. auch Petersen in Rassow's Beitr. XXX. S. 1 ff.

Zu §. 265. Anm. 8: Levy der Contocorrentvertrag. Autoris. deutsche Ausg. v. Rießer. 1884. (Drbr. Rassow in s. Beitr. XXVIII. S. 749.)

Zu §. 267. Anm. 1. *α*). *β*) gegen E.: Dernburg Pand. II. § 54. Note 6. ist gleichfalls ein Gegner der hier vertretenen Auffassung.

Zu §. 268. Anm. 8: Vgl. auch die in den Nachträgen zu §. 233. Anm. 1. angef. Schrift v. Danz.

Zu §. 270: Ueber das schiedsrichterliche Verfahren nach Reichsrecht Dernburg Pand. I. §. 166.

Zu §. 271. Anm. 1: E. Jüngling Natur. obl. nach erfolgter Freisprechung. Greifswald 1874.

Zu §. 271. Anm. 3: A. Pernice in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom. Abth. S. 48 ff.

Zu §. 274. Anm. 1: Ueber Hartmann's Abhdlg.: J. Merkel krit. Vjschr. XXVII. S. 200 ff.

Zu §. 275. Anm. 1: Sämmtliche Versuche, jene Regel zu erklären und zu rechtfertigen, sind sorgfältig gesammelt, kritisirt und als unhaltbar nachgewiesen von Puntschart Fundamentale Rechtsverhältnisse §. 2. (S. 5—30.) In §. 3. zeigt P., daß „die Regel nicht blos nicht aus dem ganzen Gebiete der gegenseit. Oblig., sondern auch nicht aus allen Arten des Kaufes, ja nicht einmal aus allen Fällen des Specieskaufes abstrahirt ist, und mit anderen Bestimmungen über das Kaufgeschäft in Widerspruch steht." Weiter gehend als Hofmann, verwirft Puntschart — in seinem, durch erschöpfende Quellen- u. Literatur-Benutzung und eine Fülle neuer Gesichtspunkte sich auszeichnenden Buche — jene Regel nicht blos de lege ferenda, sondern auch de lege lata. Perfecta emtio (l. 8. pr. D. h. t. 18. 6.) sei erst dann vorhanden, wenn eine unbedingte und unbetagte petitio vorhanden sei. Die Gefahr gehe auf den Käufer über, sobald die Sache tradirt oder doch der Verkäufer zur Tradition bereit sei und diese des Käufers wegen unterblieben sei. Eigentliche mora accip. sei nicht erforderlich, wenn nur der Aufschub der Tradition auf den Käufer zurückzuführen ist. Ein starkes Argument für diese Ansicht bieten L. 13..15 D. h. t. und manche andere Stellen dar, während die Auslegung der L. 8 pr. etwas gezwungen ist und L. 11. §. 12. D. quod vi 43. 24. und §. 3. J. 3. 23. direkt entgegenstehen. Jedenfalls aber verdienen die feinen Ausführungen von P. de lege ferenda volle Beachtung.

Zu §. 277. Anm. 1: Die Abh. v. Dahn ist nunmehr abgedruckt in „Privatrechtl. Studien“ S. 1..41.

Zu §. 281. Anm. 1: Vgl. nun Ludw. Goldschmidt die quer. n. n. p. und die Reichsproceßgesetzgebung, in dogm. Jahrb. XXIV. 2. S. 33..128.

Zu §. 288: O. Geib die Person des pigneraticisch Berechtigten und des pigneraticisch Verpflichteten. Hab.-Schrift. 1884.

Zu §. 289. Anm. 1: Ueber die Abhdlg. von Exner und Dernburg Hölder krit. Vjschr. XXVI. S. 531 ff. Vgl. auch die Entsch. in Rassow's Beitr. XXX. S. 147 ff.

Zu §. 291. Anm. 2: Antoine-Feill das mandatum tua gratia und die kaufmännische Empfehlung. Kiel 1878.

Zu §. 295. Nr. 2: Vgl. bes. Krainz Syst. I. S. 376..397.

Zu §. 298. Anm. 1. a. E.: Ruhstrat Beitrag z. L. v. d. Contractschließung mit Geschäftsführern, in Böhlau's Mag. IV. S. 161..250, und derselbe zweiter Beitrag..ebenda VI. S. 1 ff.

Zu §. 300. Anm. 1: Ueber Bechmann II/1: Degenkolb krit. Vjschr. XXVII. S. 454..472. — Vgl. noch Mommsen in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. S. 260 ff.

Zu §. 300. Anm. 7. a. E.: Vgl. auch Dernburg Pand. II. §. 16. Note 13. Ausführlich hierüber jetzt Puntschart die fundamentalen Rechtsverhältnisse, S. 160 ff. Es sei ein Widerspruch, aus einem nichtigen Kaufvertrage eine a. emti entstehen zu lassen. Der Vertrag ist rechtsbeständig, aber er erzeugt nicht jenes objektive, zur Tradition des Objektes führende Verhältniß, das wir „Kauf“ nennen. „Der Kauf eines Freien und einer res extra comm. ist (als Vertrag) rechtsbeständig, wenn der Käufer diese Eigenschaft des Kaufobjektes nicht gekannt hat, gleichviel, ob sie dem Verkäufer bekannt war oder nicht. Der Verkäufer haftet dem Käufer für das [Evictions-] Interesse.“ (S. 171.) Ueber L. 21. D. 19. 1. s. S. 174..179.

Zu §. 301. Anm. 1: Die verschiedenen Ansichten über emtio perfecta s. bei Puntschart S. 41..56. Er versteht unter Perfection (nicht blos des Kaufes, sondern jedes Rechtsgeschäftes) die „Vollwirksamkeit“.

Zu §. 301. Anm. 2. (K. auf Probe): Puntschart S. 187..196.

Zu §. 302. überhaupt: Puntschart faßt S. 181 seine Ansicht über die Gegenseitigkeit von emtio venditio dahin zusammen: Kauf und Verkauf, als objective Verhältnisse, sind hinsichtlich ihrer Entstehung von einander unabhängig, hinsichtlich ihrer Vollwirksamkeit von einander abhängig. Die subjectiven Rechte des Käufers und des Verkäufers bedingen sich nicht blos in ihrer Entstehung, sondern auch in ihrer gerichtlichen Durchführbarkeit.

Zu §. 302. Anm. 2: Sehr gründlich behandelt alle diese Fragen Puntschart: §. 21. Genusk., §. 22. e. ad mensuram, §. 23. alternat. K., §. 24. Kauf künftiger Sachen, § 25. aufschiebend bedingter K., §. 26. K. unter e. Resolutivbed., §. 27. K. mit in diem addictio, §. 28. K. mit lex commissoria, §. 29. K. auf Probe, §. 30. K. einer fremden Sache, §. 31., 32. mehrfacher Verkauf derselben Sache.

Zu §. 304. Anm. 1. g. E.: Vgl. nun besonders Eck Beitrag z. L. v. d. ädilicischen Klagen (Jur. Abhdlgn. Festgabe f. Beseler 1885) S. 159..200.

Zu §. 310. a. E.: Cretschmar d. L. v. d. Untermiethe nach gemeinem Recht. Bonn 1879.

Zu §. 312. Anm. 2: Kohler dogm. Jahrb. XXIV. S. 279 ff. — Ueber Gefahrtragung bei l. c. rei Puntschart §. 37. (überhaupt §. 34..37.)

Zu §. 313. Anm. 1: Behn z. Interpretation der L. 13. §. 11. i. f. Dig. locati, im civ. Arch. LXVIII. 4. S. 52 ff.

Zu §. 314: Gefahrnormirung bei der l. c. operarum: Puntschart §. 38., S. 406 ff.

Zu §. 314. Anm.: Vgl. über den Mäklervertrag Rocholl Rechtsfälle II. S. 71 ff.

Zu §. 315. Anm. 1. a. E.: Vgl. auch die in den Nachträgen zu §. 206. Anm. 1. angef. Schrift von Sainctelette, und Rocholl Rechtsfälle II. S. 22 ff.

Zu §. 315. Anm. 2: Gefahrnormirung bei l. c. operis: Puntschart §. 39., S. 432 ff.

Zu §. 318: Gefahrtragung beim Gesellschaftsvertrag: Puntschart §. 40., S. 479 ff.

Zu §. 318. Anm. 4: Dernburg Pand. I. §. 61., Sommer in Rassow's Beitr. XXX. S. 358 ff.

Zu §. 320. Anm. 6: Dagegen Dernburg Pand. I. §. 197. Note 21.

Zu §. 324. Anm. 1. (vgl. §. 85. 86.): E. Grueber The lex Aquilia (= The roman law of damage to property). Oxford 1886. Gr. gibt erst (auf 180 S.) einen Commentar zum Digesten-Titel ad leg. Aquil. 9. 2., dann (auf 100 S.) eine systemat. Darstellung d. L. v. Ersatze der Sachbeschädigungen. — Geschichtliches: S. 181..196. Ueber iniuria, culpa, damnum im Sinne des Aquil. Ges. s. ebd. II. §. 6..8.

Zu §. 324. Anm. 3: Unterlassung genügt nicht. Grueber II. §. 5. S. 208 fg. — Ueber die Haftung für das Verschulden von Bediensteten: Grueber S. 90 fg.

Zu §. 324. Anm. 3: Ueber die Schrift v. Weinrich: Bähr krit. Vjschr. XXVI. S. 748 ff. — Vgl. noch: Fuld Haftpflicht und Unfallversicherung, in Bödiker's Mag. V. S. 270 ff., Krämel ebda. S. 21 ff.

Zu §. 324. Note h. (zwischen Anm. 3. und 3 a.): Grueber II. §. 4: Ausdehnung der l. Aquil. durch act. utiles und in factum.

Zu §. 324. Anm. 3 a: Grueber S. 244 fg.: Der Usufructuar bedient sich nicht der Klage des Eigenthümers, sondern klagt sein eigenes Interesse (die Werthminderung seines usfr.) ein.

Zu §. 324. Anm. 4. a. E.: Stegemann im civ. Arch. LXVIII. 2. S. 28 ff.

Zu §. 329. Anm. 1: S. auch Jhering dogm. Jahrb. XXIII. S. 232 ff.

Zu §. 329. Anm. 3: Gegen Vangerow jetzt zu vgl. Dernburg Pand. I. §. 324. Note 20. 21.

Zu §. 338. Anm. 1. a. E.: Haffner die civilrechtl. Verantw. der Richter (Syndicatsklage). Freiburg 1885.

Zu §. 339. Anm. 1: Vgl. nun die lehrreiche Abhandlung von Jhering Rechtsschutz gegen injur. Rechtsverletzungen, in dogm. Jahrb. XXIII. 6. S. 155..338., Landsberg Injuria und Beleidigung. Eine Untersuchung über die heutige Anwendbarkeit der a. iniur. aestim. Bonn 1886. S. auch Freudenstein System d. Rechtes d. Ehrenkränkungen. (Drbr. Rassow's Beitr. XXVIII. S. 764.)

Zu §. 339. Anm. 4 a: Weinrich Haftpflicht S. 130 ff.

Zu §. 340. Anm. 1: Ueber die Schrift von Pfersche: Baron in krit. Vjschr. XXVI. S. 539 ff.

Zu §. 346. Anm. 1: Vgl. Leist Graecoital. Rechtsgesch. S. 492 ff.

Zu §. 348. Anm. 1. a. E.: Pernice in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. XVIII. Rom.

Abth. S. 22 ff., Schanze z. L. vom Alimentationsanspruch, im civ. Arch. LXIX. 5. S. 241..267., Dernburg Pand. II. §. 31.

Zu §. 352. Anm. 1. a. E.: Eine eingehende Untersuchung betreffend den Garantievertrag gibt nun Stammler im civ. Arch. LXIX. 1. S. 1..141.

Zu §. 353. Anm. 2. 3: Anders Dernburg Pand. II. §. 77. 78., der die Ansicht vertritt, das Constitutum sei im heutigen Recht weggefallen und das qualificirte Mandat unterliege den Grundsätzen über das Mandat.

Zu §. 359. Anm. 4: L. Löwenstein im civ. Arch. LXVIII. 5. S. 72 ff.

Zu §. 364. Anm. 1. gegen E.: Ueber die Schrift von Kohler vgl. jetzt noch R. Schröder in d. Zeitschr. f. Rechtsgesch. XIX. Germ. Abth. S. 200 ff.

Zu §. 364. Anm. 3: Aehnlich wie Brinz jetzt Puntschart (s. zu §. 22. A. 5.) S. 123 fg.

Zu §. 367. Anm. 3: Ueber die Schrift von Piccinelli il pegno di servitù prediali vgl. H. Pernice in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte. XVIII. Rom. Abth. S. 276 ff.

Zu §. 367. Anm. 4: Ueber die Schrift von Hellwig vgl. Krasnopolski in d. Wiener Zeitschr. XII. S. 507..513., Pfersche in krit. Vjschr. XXVII. S. 208 ff., Rassow in s. Beiträgen XXIX. S. 127..139. — D. E. Lioni de Verpanding van Inschulden naar het Romeinsch en Nederlandsch Recht. Amst. 1885. (Drbr. aber „Pff." in Krit. Vjschr. XXVIII. S. 133 f.)

Zu §. 369. Anm. 1: Scheurl Theilbarkeit.... von Rechten S. 103..107.

Zu §. 373. Anm. 3 c) und d): Bunsen das gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpächters und Vermiethers. 1885.

Zu §. 374. Anm. 2. a. E.: Dernburg Pand. I. §. 290.

Zu §. 378. Anm. 2: Vgl. auch Radlkofer über die Haftung des dritten Besitzers nach bayr. Hypothekenrecht. Drbr. Brinz in d. krit. Vjschr. XXVII. S. 419..434.

Zu §. 392. Anm. 1: Ueber das Löschungs- und das Uebernahmssystem bei der nothwendigen Subhastation: Dernburg Pand. I. §. 283. bei Note 8.

Zu §. 393. Anm. 7. 8: Vgl. Esmein la manus, la paternité et le divorce dans l'ancient droit Romain. 1883. (Drbr. Baron in d. krit. Vjschr. XXVI. S. 597 f.)

Zu §. 397. Anm. 2: E. Bernstein z. L. v. d. dotis dictio, in Jur. Abhdlgn. (Festgabe f. Beseler). 1885. S. 79..93.

Zu §. 407. Anm. a. E.: Dagegen Brandis zur Auslegung der L. 7. §. 1..3. D. sol. matr. im civ. Arch. LXIX. 6. S. 268..274.

Zu §. 464. Anm. 10: Scheurl Theilbarkeit... v. Rechten S. 108..112.

Zu §. 465. Anm. 1. a. E.: Ueber diese Schrift vgl. Fritz Werner Freund in d. Zeitschr. für Rechtsgesch. XIX. Rom. Abth. S. 280 f., Pfersche in d. krit. Vjschr. XXVII. S. 319 f. — Dernburg Pand. I. §. 62., Meurer Heilige Sachen I. S. 61.

Zu §. 470. Anm. 2: Vgl. noch Hofmann kritische Studien (1885) S. 106..123. Kindermann nemo pro parte.... Berlin 1885.

Zu §. 471. Anm. 3: Erbfähigkeit des erzbischöflichen „Ordinariats": Meurer Heilige Sachen II. S. 210 ff.

Zu §. 486. Anm. 1 (Quaestio Domitiana): Hofmann Kritische Studien S. 41..54.

Zu §. 489. Nr. 2: Meurer Heilige Sachen II. 219 ff.

In §. 491. Anm. 4 soll es heißen Hartwig Steinfeld. (Richtig in Anm. 6.)

Zu §. 495. Anm. 1: Eisele in dogm. Jahrb. XXIII. S. 182 ff.

Zu §. 495. Anm. 2. ist das letzte Citat so zu ergänzen: insbes. über unmögliche und unsittliche Bedingungen S. 144 ff.

Zu §. 509. Nr. 1: Gegen diese Formulirung Eisele dogm. Jahrb. XXIII. S. 134 f.

Zu §. 509. Anm. 4: Vgl. Zwilgmeyer Zusammenhang der interrog. in iure mit dem ius delib. des Erben, in Böhiker's Mag. V. S. 241 ff.

Zu §. 516. Anm.: Ueber die Schrift von Krause vgl. Brandis in krit. Vjschr. XXVII. S. 597 ff.

Zu §. 517. Anm. 1: Hofmann kritische Studien S. 128..132.

Zu §. 535. Anm. 1: Ubbelohde über die possessor. Function des interd. quor. bon., im civ. Arch. LXX. 2. S. 42..50.

Zu §. 554. A. 1a: Vgl. Puntschart S. 134..137.

Zu §. 562. Anm. 1. a. E.: Ueber diese Abhandlung vgl. Landsberg in d. krit. Vjschr. XXVII. S. 251 ff.

Zu §. 572: Vgl. Leske annuum legatum, in Böhiker's Mag. V. S. 117 ff.

Zu §. 575. Anm. 2: Scheurl Theilbarkeit (s. bei §. 138.) S. 46 ff., über L. 8. §. 2. D. 7. 4. und L. 10. D. 7. 2., S. 49 ff. (gegen Arndts).

Zu §. 576. Anm. 7: Vgl. Jhering dogm. Jahrb. XXIV. S. 165. 174.

Zu §. 577. Anm.: Jhering in der in den Nachträgen zum vor. Paragraphen angef. Abhandlung.

Zu §. 589. Anm. 1: Sehling die Schenkung auf den Todesfall nach dem sächs. b. G.-B. Leipz. 1886.

Zu §. 607: Die Schreibung „a. Faviana" ist falsch; die Klage hieß a. Fabiana.